

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

ARIANE ROSELI DA COSTA

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DUPLA MATERNIDADE: AS TÉCNICAS DE
REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE ENTIDADE
FAMILIAR**

FLORIANÓPOLIS – SC

2016

ARIANE ROSELI DA COSTA

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DUPLA MATERNIDADE: AS TÉCNICAS DE
REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE ENTIDADE
FAMILIAR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina
DIR5911 como requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa
Catarina.

Orientadora: Prof.^a Doutora Grazielly Alessandra Baggenstoss

FLORIANÓPOLIS – SC

2016

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do professor orientador, da banca examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que fundamenta ou que nela é exposta.



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Ariane Roseli da Costa

RG: 5948080

CPF: 07773620903

Matrícula: 11200044

Título do TCC: A possibilidade jurídica da dupla maternidade: as técnicas de reprodução assistida e a ampliação do conceito de entidade familiar

Orientador(a): Grazielly Alessandra Baggentoss

Eu, Ariane Roseli da Costa, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 21 de julho de 2016.


Ariane Roseli da Costa

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

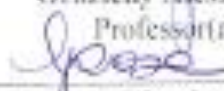
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A possibilidade jurídica da dupla maternidade: as técnicas de reprodução assistida e a ampliação do conceito de entidade familiar.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Ariane Roseli da Costa**, defendido em **21/07/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

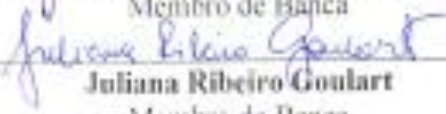
Florianópolis, 21 de Julho de 2016



Grazielly Alessandra Baggenstoss
Professor(a) Orientador(a)



Lellane Mendonça Zavarizi da Rosa
Membro de Banca



Juliana Ribeiro Goulart
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de agradecer, num primeiro momento, à minha família, por todo esforço despendido para que me tornasse a pessoa que sou. À minha mãe, Roseli, meu grande exemplo de mulher, a quem devo os maiores ensinamentos desta vida. A meu pai, Luiz, e irmãos, por todo incentivo e amor incondicional.

A um certo grupo, não muito adulto, com o qual tive o prazer de compartilhar, além do saber, a amizade. Certamente vocês tornaram essa caminhada mais leve: Bruna Weiss Filomeno, Ellora Patrício, Gabriela Cechetto, Jaqueline Arsie, José Victor Crepaldi, Maria Eduarda Heinze, Milena Monteiro, Patrícia Cesa e Thais S. Pertille.

A meu amigo Icaroti dos Santos Júnior que, ao longo desses 5 anos de graduação, tornou-se figura essencial em meus dias. És a prova de que família é aquela que temos em função do afeto e amor.

Aos amigos que fizeram parte da etapa acadêmica e espero que continuem presentes em minha vida: Bianca Schmidt, Carolina Costa, Leonardo Hasckel Pereira e José Maria Nunes Júnior.

Às colegas de trabalho Ana Cláudia Pinheiro e Sarah Regina Berwil Eing, por todas as discussões polidas, risadas desprentensiosas e companhia diária. Vocês terão sempre um lugar reservado em meu coração.

A todos os professores que me guiaram e proporcionaram conhecimento necessário na formação como profissional. Em especial à Luciana Faísca Nahas, também orientadora no Escritório Modelo da UFSC, e à professora Leilane Zavarizi, tendo ambas profissionais conquistado meu respeito e admiração.

À minha orientadora Grazielly Alessandra Baggenstoss, pelo suporte prestado na elaboração deste trabalho, ensinamentos e comprometimento empregado.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte no processo de formação acadêmica e pessoal, muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto analisar o ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se verificar a possibilidade jurídica da dupla maternidade. Para tal, será feito um estudo histórico, principiológico, legislativo e jurisprudencial, de modo a construir os pilares que fundamentam a possibilidade jurídica de duas mães exercerem a maternidade da mesma criança. O método empregado é o dedutivo e o procedimento o monográfico, sendo utilizado como critério de pesquisa o bibliográfico, conjuntamente com a análise legislativa e jurisprudencial.

No primeiro capítulo serão observadas as mudanças ocorridas ao longo da história no que tange o instituto da família, tendo esta ido de uma entidade patriarcal e extremamente ligada a dogmas religiosos à um novo modelo caracterizado pela busca da felicidade pessoal, assim como a de seus membros, deixando de ser vista como um fim em si mesma. A nova organização familiar passa a ser pautada num modelo descentralizado, igualitário e desmatrimonializado.

O segundo capítulo passará a abordar a ampliação do conceito de família como fruto da Constituição, de modo a ser possível se vislumbrar outras formas de entidade familiar que também possuem o afeto como seu elemento formador. Através desse viés não limitador trazido pela Carta Maior, dar-se-á enfoque à famílias homoafetivas, ao passo em que a estas são conferidas os mesmos direitos de famílias heteroafetivas. Nesse sentido, se passará a explicar o instituto da filiação, dando enfoque à adoção e reprodução assistida, através do quais casais homoafetivos buscam a formação de um núcleo familiar.

Ao final, a possibilidade de adoção por casais homoafetivos passará a ser estudada, através da perspectiva de tratamento isonômico, bem como o acesso às técnicas de reprodução assistida por esses casais, dando-se atenção maior aos casais femininos. Na sequência, a possibilidade jurídica da dupla maternidade passará a ser estudada, optando-se por uma abordagem através dos princípios fundamentais presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como recorrendo-se a jurisprudência nacional.

Palavras-chave: Família. Entidade familiar. Família homoafetiva. Homossexualidade. Reprodução assistida. Dupla maternidade.

ABSTRACT

This study goal is to analyze Brazilian legal system in order to verify the legal possibility of dual motherhood. For that, a study about the historic, principiologic, legislative and jurisprudential will be made in order to build the pillars that support the legal possibility of two mothers exercise maternity over the same child. The method employed is the deductive and the procedure is the monographic, the search criterion is the literature, together with the legislative and jurisprudential analysis.

In the first chapter we will observe the changes throughout history regarding the family institute going throw a patriarchal authority and closely linked to religious dogmas to a new model characterized by the pursuit of personal happiness, as well as its members, ceasing to be seen as an end in itself. The new family organization shall be based on a decentralized model, with equality and without putting matrimony in a pedestal.

The second chapter will discourse about the expansion of the concept of family as a result of the Brazilian Constitution in order to construct the different kind of families that also are formed by the affection and love of its members. Based on the elements that the Constitution puts in the Brazilian law, we will focus on the homoffective families that have the same fights as the heteroffective ones. After that, we will explain the membership institute, by concentrating on adoption and assisted reproduction, through which homosexual couples seek the formation of a family unit.

At the end, the possibility of adoption by homoffective couples will be studied through the equal treatment perspective, as well as access to assisted reproduction techniques for those couples, giving greater attention to female couples. Following the legal possibility of dual motherhood will be studied, if opting for an approach through the fundamental principles laid down in our Constitution, as well as making use of national jurisprudence.

Keywords: Family. family entity. homosexual family. Homosexuality. Assisted reproduction. Double motherhood.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I – ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO BRASIL	12
1.1 BREVES DELINEAMENTOS HISTÓRICOS	13
1.2 O DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL.....	21
1.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: A NOVA PERSPECTIVA DA ENTIDADE FAMILIAR.....	26
II - A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: ROMPIMENTO COM ANTIGOS DOGMAS E A CRIAÇÃO DE NOVOS MODELOS	32
2.1 OS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES.....	32
2.2 ISONOMIA ENTRE CASAIS HOMOAFETIVOS E HETEROAFETIVOS	36
2.3 FILIAÇÃO E AFETO	42
2.3.1 O Instituto da Adoção	46
2.3.2 Reprodução Assistida	49
III – O DIREITO DAS FAMÍLIAS: RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E O RECONHECIMENTO DA DUPLA MATERNIDADE	52
3.1 CASAIS HOMOAFETIVOS: A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO	52
3.2 CASAIS HOMOAFETIVOS: A REPRODUÇÃO ASSISTIDA	58
3.3 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DUPLA MATERNIDADE.....	63
3.4 O RECONHECIMENTO DA DUPLA MATERNIDADE PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PROVIMENTO Nº 52 DO CNJ	76
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	80
OBRAS CITADAS	83

INTRODUÇÃO

A estrutura organizacional da família vem passando por significativas transformações ao longo da história ocidental. Por muito tempo, o conceito de família sempre esteve atrelado à possibilidade de reprodução, contudo, ao analisarmos esses arranjos, nos deparamos com diversos tipos de formação unidos pelo elemento afetividade, sendo este o posicionamento defendido atualmente.

As transformações ocorridas no seio familiar, ainda que vagarosas, aos poucos estão recebendo o reconhecimento dos nossos Tribunais, na medida em que constroem um sistema jurídico sob a perspectiva da pluralidade. Isto significa afirmar que situações sem previsão legal, que envolvem o tema, surgem diariamente no judiciário, que por sua vez se vê na necessidade de suprir a omissão do legislador.

A partir do momento em que é traçado um novo conceito de família, primando pela natureza do vínculo que une seus integrantes em detrimento de seu formato ou modo de constituição, manifesta-se a necessidade de reconhecer que outras estruturas de convívio, unidas pelo vínculo da afetividade, merecem o amparo do Direito de Família, de modo a ser esta a importância do presente estudo.

O interesse por abordar o tema surge da ausência de legislação que o regule, bem como dos reiterados posicionamentos do judiciário, o qual vem confirmando o tema diariamente. Nesse sentido, a dupla maternidade já é fato que vem se consolidando lentamente junto à jurisprudência pátria, mesmo diante da inércia do legislador, aos poucos, paradigmas inquestionáveis vêm sendo quebrados, o que se deve ao fato da interpretação da legislação infraconstitucional feita a partir dos preceitos constitucionais.

As técnicas de reprodução humana, que surgiram, num primeiro momento como ajuda a casais heteroafetivos, acabam abrindo lacunas a outras práticas reprodutivas, reconfigurando os tradicionais padrões de família e parentesco, como ocorre no uso dessas técnicas por casais lésbicos.

O problema levantado no presente estudo refere-se à possibilidade da dupla maternidade no ordenamento jurídico brasileiro. Obtendo-se resposta afirmativa como hipótese, na medida em que o Estado reconhece as uniões homoafetivas, equiparando-as às heteroafetivas, devendo assim conferir os mesmos direitos a estes modelos familiares, bem como preservar os princípios fundamentais presentes na Constituição Federal, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, os quais fundamentam a possibilidade da dupla maternidade.

O método empregado é o dedutivo e o procedimento o monográfico, sendo utilizado como critério de pesquisa o bibliográfico, conjuntamente com a análise legislativa e jurisprudencial.

No primeiro capítulo serão abordadas as mudanças ocorridas no Direito de Família através do tempo. Para tanto, será estudo o instituto da família, propriamente dito, indo de seu estágio pré-histórico ao que se conhece por família contemporânea. Posteriormente daremos atenção ao Direito de Família brasileiro, a grande influência dos direitos romano, germânico e canônico, bem como de institutos de cunho religioso. Ao final, as mudanças na concepção de família, fruto da Constituição de 1988, que passou a ter como elemento identificador o afeto.

No segundo capítulo será explanado o alargamento do conceito de família, o avanço representado pela edição do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como demais legislações infraconstitucionais. Através da visão de pluralidade familiar, vislumbrada a partir do momento que o afeto passa a ser visto como núcleo dessa entidade, relacionaremos outros núcleos familiares dignos de amparo estatal.

Atenção passará a ser dada às famílias homoafetivas, o amparo constitucional despedido a esse núcleo, bem como a jurisprudência, que já inclinou-se pelo reconhecimento dessas uniões, devendo a isonomia ser imperativo no tratamento despedido entre casais heteroafetivos e homoafetivos. Por fim, explanação será feita quanto ao instituto da filiação, dando enfoque à adoção e reprodução assistida, as formas adotadas por pares homoafetivos no intuito de satisfazer seu desejo de formar uma família.

No terceiro capítulo será feita explanação acerca da possibilidade de adoção por casais homoafetivos, decorrendo esta do tratamento isonômico que deve ser observado. O acesso às técnicas de reprodução assistida por casais homoafetivos passa então a ser estudado, sendo nosso enfoque os casais femininos.

A dupla maternidade será estudada na sequência, optando-se por uma abordagem através dos princípios fundamentais presentes na nossa Carta Magna. Um breve estudo jurisprudencial também será realizado, tornando possível vislumbrar casos onde houve o reconhecimento do judiciário. Será comentado também o novo provimento editado pelo CNJ, que representa grande avanço na temática em questão.

I – ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO BRASIL

Neste capítulo será feita uma apreciação da evolução do direito de família ao longo do tempo, buscando-se verificar as mudanças sócio históricas ocorridas e de que modo estas influenciaram a legislação.

Sabe-se que o direito de família, por ser ramo diretamente influenciado pelas transformações sofridas em seu meio, estabelece as estruturas da família, no entanto, não pode defini-las, na medida em que se trata esta de uma entidade “ancestral como a história, interligada como os rumos e desvios da historia, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos” (HIRONAKA *apud* FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 37).

Para tanto, buscou-se uma pesquisa que abordasse a família desde sua fase pré-histórica até se chegar ao estágio da família contemporânea. Num primeiro momento, deste modo, observar-se o estágio mais primitivo do ser humano, em que este teve sua organização social pautada na própria sobrevivência. Através dos estudos de Engels, verificam-se os três estágios pré-históricos de cultura, pelos quais o homem passou, indo do estágio selvagem à civilização. Percebe-se que a família, através dos ensinamentos de Noé Medeiros, passa por diferentes estágios de organização, inicialmente pautando-se num sistema patriarcal, chegando inclusive a um período em que cabia à mulher a chefia. Aspectos como a promiscuidade existente nas primeiras formas de organização, com o qual discorda Engels, assim como as três principais formas de organização familiar, sendo elas a família consanguínea, a família punaluaana, a família sindiásmica e a família monogâmica, também são estudados.

Posteriormente verifica-se a família romana, de base extremamente patriarcal, pautada na figura do pater famílias, sua base religiosa como fator predominante, seu culto aos antepassados e a severidade de suas regras, assim como o modo em que manteve influência sobre nosso ordenamento jurídico, tema que passa a ser abordado na sequência. A esse respeito, constata-se ser “inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais” (FACHIN, 1999, p. 11).

O enfoque então passa a ser dado ao direito de família brasileiro, ao passo que se verifica a forte influência sofrida pelo direito romano, germânico e canônico. Através do plano constitucional e civil, se verificará a forte influência religiosa ao longo da formação do nosso país, havendo inclusive forte confusão entre religião e vida privada. O modelo extremamente patrimonialista do Código de 1916, que tem como plano de fundo uma sociedade de base agrária, passa a ser evidenciado, onde apenas questões de interesse da classe dominante eram abordadas, pouco importando a realização pessoal dos membros que compunham a família.

Ao final, trata-se da nova perspectiva do direito de família, fruto da Constituição de 1988, que influenciou diretamente o Código Civil de 2002. As transformações trazidas na nova Carta Magna modificaram a concepção e natureza das relações familiares, rompendo com a perspectiva tradicional patrimonialista, passamos a ter uma concepção pautada no afeto entre os indivíduos, uma nova entidade familiar. Ocorrendo, portanto, no que tange o panorama das relações jurídico-familiares, “uma ampliação na dimensão familiar, captando valores e vivências subjetivas, construindo um diálogo fecundo com os ramos do conhecimento, assumindo um caráter plural, aberto, multifacetado..., gravitando as derredor do afeto e da solidariedade recíproca” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 40).

1.1 BREVES DELINEAMENTOS HISTÓRICOS

No curso dos tempos, o conceito, compreensão e extensão de família sofreram alterações significativas. O direito de família, nesse sentido, vem passando por muitas alterações que estão intimamente ligadas à forma como as relações familiares passaram a ser entendidas. Este ramo do direito, assim como nos ensina Gonçalves (2013), está intrinsecamente ligado à própria vida, posto que, via de regra, as pessoas provem de um organismo familiar e a ele se mantêm vinculadas durante sua existência, ainda que posteriormente possam vir a constituir nova família através do casamento, por exemplo. Nesse sentido, a família, que pode ser considerada como o núcleo social mais antigo do ser humano, “por ser mais antiga que o Estado, constitui-se como célula germinal da comunidade estatal” (MEDEIROS, 1977, p.24).

Friedrich Engels, em seu livro “A origem da Família, da propriedade privada e do Estado”, relacionando seu trabalho com as investigações de L. H. Morgan, nos traz um minucioso estudo dos estágios pré-históricos de cultura, até se chegar ao que se conhece por

civilização, destacando três principais épocas – estado selvagem, barbárie e civilização. De forma geral, o autor explica esses períodos da seguinte forma:

Estado selvagem. – Período em que predomina a apropriação de produtos da natureza, prontos para ser utilizados; as produções artificiais do homem são, sobretudo, destinadas a facilitar essa apropriação. *Barbárie.* – Período em que aparecem a criação de gado e a agricultura do trabalho humano. *Civilização* – Período em que o homem continua aprendendo a elaborar os produtos naturais, período da indústria propriamente dita e da arte (1978, p. 28, grifo do autor).

O autor divide o Estado selvagem e a Barbárie em fase inferior, fase média e fase superior, diferenciando-as quanto aos progressos obtidos na produção dos meios de subsistência. No Estado selvagem, inicialmente o ser humano teria vivido em árvores. Posteriormente, com a utilização do fogo, pode espalhar-se sobre a superfície da Terra, sendo também mais independentes quanto ao clima e localidade. A invenção do arco e flecha proporciona uma regularidade na caça de animais, fazendo desta uma atividade corriqueira. A Barbárie, por sua vez, inicia-se com a introdução do uso da cerâmica, bem como a domesticação e criação de animais e o cultivo de plantas. Em sua fase superior, o autor destaca a fundição do minério de ferro, passando para a fase de civilização com a invenção da escrita alfabética e sua utilização para registros literários (ENGELS, 1978).

Noé Medeiros também comenta esse processo de evolução sofrido pelo homem, atendo-se, especificamente, à evolução da família. Explica que

[...] basicamente [sic] a família segundo Homero, firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador do pai. Após surgiu a teoria de que os primeiros homens teriam vivido em hordas promíscuas, unindo-se ao outro sexo sem vínculo civil ou sociais. Posteriormente, organizou-se a sociedade em tribos, evidenciando a base da família em torno da mulher, dando origem ao matriarcado. O pai poderia até ser desconhecido. Os filhos e parentes tomavam as normas e nome da mãe (1997, p. 31-32).

Para o autor, houve um período, mesmo que curto, no qual a mulher seria a responsável pela chefia da família, tendo o homem passado a assumir esse papel posteriormente. Friedrich Engels *apud* Venosa também comenta essa relação materno-filial dos povos que se encontravam no estado selvagem e no estado inferior da barbárie:

[...] no estado primitivo das civilizações o grupo familiar não se assentava em relações individuais. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia). Disso decorria que sempre a mãe era conhecida, mas se desconhecia o pai, o que permite afirmar que a família teve de início um caráter matriarcal, porque a criança ficava sempre junto à mãe, que a alimentava e a educava (ENGELS *apud* VENOSA, 2003, p. 17).

Nesse mesmo sentido, ao reconstituir retrospectivamente a história da família, Engels afirma que Morgan, assim como os demais estudiosos do tema, concluíram que “existiu uma época primitiva em que imperava, no seio da tribo, o comércio sexual promíscuo, de modo que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres” (1978, p. 31). No entanto, posteriormente, através de vestígios nas tradições, verificou-se que estes “não conduzem a nenhum estado social de promiscuidade dos sexos e sim uma forma muito posterior: o matrimônio por grupos” (MORGAN, 1978, p. 31).

No que tange a concepção de família, atualmente tem-se que esta se pauta, em sua maioria, na monogamia, entretanto, o supracitado autor observa que no curso da história primitiva, houve um período em que homens e mulheres praticavam poligamia e poliandria, respectivamente. Resultando deste fato que “os filhos de uns e outros tinham que ser considerados comuns. É esse estado de coisas, por seu lado, que, passando por uma série de transformações, resulta na monogamia” (ENGELS, 1978, p. 31). Destaca ainda que, desse estado, surgiram três formas principais de organização familiar: a família consanguínea, a família punaluaana, a família sindiásmica e, por fim, a família monogâmica.

A família consanguínea é considerada a primeira etapa da família. “Nela, todos os grupos conjugais classificam-se por gerações: todos os avôs e avós, nos limites da família, são maridos e mulheres entre si” (ENGELS, 1978, p. 37-8). Ficando apenas ascendentes e descendentes excluídos de reações sexuais. Posteriormente, se terá a família punaluaana, na qual há a exclusão dos irmãos da relação sexual. A família sindiásmica, vem em seguida, sendo um estágio em que “o homem tinha uma mulher principal (ainda não se pode dizer que fosse uma favorita) entre as suas numerosas esposas, e era para ela o esposo principal entre todos os outros” (ENGELS, 1978, p. 48). Ao homem é dado o direito à poligamia e a infidelidade ocasional, exigindo-se a fidelidade da mulher de forma rigorosa. A família monogâmica diferencia-se da família sindiásmica, pela solidez nos laços conjugais, que não mais podem ser dissolvidos por vontade de qualquer das partes. De modo que,

[...] nasce [...] da família sindiásmica, no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie; seu triunfo definitivo é um dos sintomas da civilização nascente. Baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível; e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão um dia, na posse dos bens de seu pai. (ENGELS, 1978, p.66)

A partir do momento em que o casamento entre membros do mesmo grupo passa a ser proibido, a família foi se fortalecendo enquanto instituição social e religiosa. “Os

historiadores fixam nesse fenômeno a primeira manifestação contra o incesto no meio social (exogamia)” (VENOSA, 2003, p.17).

Priorizando um enfoque sociológico, num primeiro momento, em detrimento do jurídico, Venosa considera a família um “integrado pelas pessoas que vivem sob um mesmo teto, sob a autoridade de um titular” (2003, p. 16). Afirma ainda que “no curso das primeiras civilizações de importância, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada” (2003, p.17). Esse entendimento nos conduz ao Direito Romano, na medida em que coincide com a figura do *pater famílias*.

Em Roma, conforme observa Gonçalves (2013), a família era organizada sob o princípio da autoridade, em que o *pater famílias* detinha sobre os filhos direito de vida e de morte. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital, podendo ser repudiada por ato unilateral do marido. “A família era, então, simultaneamente uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça” (2013, p. 31).

Orlando Gomes define a família romana, como sendo um “conjunto de pessoas sujeitas ao poder do *pater famílias*, ora grupo de parentes unidos pelo vínculo de cognição, ora o patrimônio, ora a herança” (2000, p. 33). Venosa enfatiza que “o poder do *pater* exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos é quase absoluto. A família como grupo é essencial para a perpetuação do culto familiar” (2003, p. 18). Esse período histórico é bem retratado por Fustel de Coulanges, o autor, ao mencionar o cenário familiar desta época, torna possível uma maior compreensão do período em questão:

Se nós nos transportarmos pelo pensamento ao meio dessas antigas gerações de homens, encontraremos em cada casa um altar e ao redor deste altar a família reunida. Ela se reúne toda manhã para dirigir ao fogo doméstico suas primeiras orações, cada noite para invocá-los pela última vez (COULANGES, 2009, p. 39).

Ebert Chamoun, por seu turno, explica o termo família, na concepção do direito romano, elucidando que este poderia ser empregado num sentido restrito ou num sentido lato, havendo diferenciação entre a *familia iuri próprio* da *familia iuri communi*. A primeira abarcava todos os indivíduos sujeitos ao poder de um pater vivo, e a segunda, por sua vez, compreendia “um conjunto de pessoas reunidas em vários grupos, chefiados cada um deles [sic], por um paterfamílias, mas que se encerrariam numa só família se o paterfamílias comum estivesse vivo” (CHAMOUN, 1962, p.151). Nesse segmento, explica Wald (1981) que existiam duas espécies de parentesco em Roma, sendo elas a agnação e a cognação. Na

agnação ocorria a vinculação entre as pessoas sujeitas ao mesmo *pater*, ainda que não houvesse vínculos consanguíneos, como é o caso de um filho adotivo e um filho natural do mesmo pater. A cognação, por sua vez, era o parentesco consanguíneo, sendo que não necessariamente haveria agnação entre os envolvidos. Deste modo, “por exemplo a mulher com *manus* era cognada mas não agnada do seu irmão, o mesmo ocorrendo com o filho emancipado em relação àquele que continuasse sob a *pátria potestas*” (WALD, 1981, p. 9). Rizzardo também nos explica essa organização familiar romana:

Estava a família *júri próprio*, ou o grupo de pessoas submetidas a uma autoridade. De outro lado, conhecia-se também a família *communi júri*, uma união de pessoas pelo laço do parentesco civil do pai, ou agnatio, sem importar se eram ou não descendentes. Não se considerando o parentesco pelo laço da mulher, o filho era estranho à família de origem da mãe (RIZZARDO, 2011, p. 9).

A ausência de laços afetivos entre os membros da família como sendo uma característica da antiguidade, é tema controvertido na doutrina. Coulanges, a esse respeito, elucida que “o princípio da família não reside, tampouco, na feição natural, visto que o direito grego e o direito romano não consideravam de modo algum esse sentimento. Pode existir no âmago dos corações, porém nada dele existe no direito” (2009, p.39). Entendimento diverso possui Gonçalves, ao afirmar que “em matéria de casamento, entendiam os romanos necessária a *affectio* não só no momento de sua celebração, mas enquanto perdurasse” (2013, p. 32). Wald partilha do mesmo entendimento, sustentando que “para os romanos, a *affetio* era um elemento necessário para o casamento [...] Assim, a ausência de convivência, o desaparecimento da afeição eram por si só causas necessárias para a dissolução do casamento” (1981, p. 11).

Entretanto, compreensão contrária à Gonçalves e Wald possui Venosa, para ele “por muito tempo na história, inclusive durante a Idade Média, nas classes nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica” (2003, p. 19). Philippe Airés, em concordância, expõe que:

Essa família antiga tinha por missão – sentida por todos – a conservação dos bens, a prática comum de um ofício, a ajuda mútua quotidiana num mundo em que um homem, e mais ainda uma mulher isolados não podiam sobreviver, e ainda nos casos de crise, a proteção da honra e das vidas. Ela não tinha função afetiva. [...] o sentimento entre os cônjuges, entre os pais e filhos, não era necessário à existência nem ao equilíbrio da família: se ele existisse, tanto melhor (1978. p. 10-1).

Para Coulanges (2009), o princípio constitutivo da família romana está na própria religião, sendo a autoridade paterna ou marital um efeito desta. Para ele, a família antiga estaria mais caracterizada como sendo uma associação religiosa que uma associação natural. “O que uniu os membros da família antiga foi algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento e que a força física: foi a religião do fogo doméstico e dos ancestrais, a qual fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida” (COULANGES, 2009, p.39).

Como visto, tampouco o vínculo sanguíneo era fator predominante na ligação entre os membros da família, na medida em que o conceito de família poderia ser definido como, “o conjunto de pessoas que estavam sob a patria potestas do ascendente comum vivo mais velho. O conceito de família independia assim da consanguinidade” (WALD, 1981, p.8). Coulanges, ao destacar que o princípio da família romana não estava ligado unicamente à consanguinidade, comenta que “a prova disso é que a irmã não é dentro da família o que nela é o irmão, que o filho emancipado ou a filha cessada cessam completamente de fazer parte dela” (2009, p. 39). “Os membros da família antiga eram unidos por vínculo mais poderoso que o nascimento: a religião doméstica e o culto dos antepassados” (VENOSA, 2003, p.18).

Destaca-se também a diferenciação no formato de casamento romano, no qual “a mulher, ao casar, podia continuar sob a autoridade paterna no casamento sem manus ou entrar na família marital no casamento com manus. O que não se admitia é que uma mesma pessoa pertencesse simultaneamente a duas famílias” (WALD, 1981, p.9). Ainda que a religião do fogo doméstico e dos antepassados fosse transmitida aos homens, a mulher participava do culto. “Como filha assistia aos atos religiosos de seu pai; como mulher casada, àqueles de seu marido” (COULANGES, 2009, p.41). O casamento, entendido como uma das primeiras instituições estabelecidas pela religião doméstica, possuía assim certas peculiaridades. Cada família possuía seus deuses diferentes, na medida em que uma jovem cultua, desde a infância, os deuses de seu pai, porém:

Se um jovem da família vizinha a pede em casamento, trata-se para ela de algo bem diferente do que simplesmente transferir-se de uma casa para outra. Trata-se, sim, de abandonar o fogo doméstico paterno para pôr-se doravante a invocar o fogo doméstico do esposo. Trata-se de mudar de religião, de praticar outros ritos e fazer outras orações. Trata-se de deixar o deus de sua infância para colocar-se sob o império de um deus que ela não conhece. Que ela não espere permanecer fiel a um honrando o outro, pois nessa religião há um princípio imutável segundo o qual uma mesma pessoa não pode invocar dois fogos domésticos nem duas sucessões de ancestrais (COULANGES, 2009, p.41).

O parentesco e o direito à herança eram regulados em conformidade com os direitos de participação no culto, de como a religião estabeleceu. “O pai podia amar sua filha

com ternura, contudo não podia legar-lhe seus bens” (COULANGES, 2009, p. 39-40). Fica evidente que a religião possuía grande influência na família antiga, na medida em que ditava suas regras, de modo que “a família antiga recebeu uma constituição tão diferente daquela que teria recebido se os sentimentos naturais tivessem constituído por si sós seu fundamento” (COULANGES, 2009, p. 40). Essa singularidade presente na família romana é bem explicitada por Chamoun, o autor explicita o viés político presente em sua formação, bem como sua distinção em comparação ao moderno modelo de família. Para ele, “visava, antes de tudo, a lograr objetivos que, interna e externamente, se semelhavam aos do Estado. A família romana era uma comunidade política em miniatura [...]” (1962, p. 152).

Com o tempo a severidade das regras presentes nesse modelo patriarcal foi atenuada e, ainda que sem autonomia, a mulher lentamente foi conquistando seu espaço no lar e na sociedade. Com o Imperador Costantino, a partir do século IV, o direito romano passa a dar lugar a uma concepção cristã de família. “Aos poucos foi então a família romana evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos, passando estes a administrar os pecúlios castrenses (vencimentos militares)” (GONÇALVES, 2013, p. 31). Wald, em consonância, explica que com a evolução da família romana:

O *pater* perdeu o seu *ius vitae necisque* (direito de vida e de morte) que exercia sobre os filhos e sobre a mulher. Os filhos passaram a administrar os pecúlios castrenses (vencimentos militares), *quase castrenses* (doações feitas pelo pai) e *adventício* (doações e legados feitos ao filho por terceiros). O pátrio poder se tornou dever de afeição (1981, p. 9).

A família romana passa a sofrer fortes influências durante o período da Idade Média, no tocante a sua organização, do Direito Canônico e do Direito Bárbaro, sendo estas trazidas pelos conquistadores durante suas invasões (LUZ, 1996). Wald também salienta a influência germânica, “se as normas romanas continuam a exercer profunda influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges e, especialmente quanto ao dote, também devemos salientar as influências de certas normas de origem germânica” (1981, p. 12). O direito canônico, diferentemente do romano, foi marcado pelo advento do cristianismo, passando as famílias a serem instituídas através de cerimônias religiosas. “Durante a Idade Média, as relações de família se regem exclusivamente pelo direito canônico, sendo que, do século X ao século XV, o casamento religioso é o único conhecido” (WALD, 1981, p. 12). Valdemar P. da Luz conceitua o Direito Canônico como:

[...] o conjunto de cânones, expressões esta utilizada pela Igreja para denominar as suas normas jurídicas, para efeito de diferenciá-las das leis do Estado. Desse modo, constituíam-se os cânones em normas supletivas, usadas para complementar as leis do Estado sempre que estas fossem omissas (1981, p. 15).

A instituição do casamento, então, passa por grandes transformações em sua essência, na medida em que o cristianismo passa a entendê-la como sacramento. Para José Russo, “essa nova família veio alicerçada no casamento, sob a concepção de sacramento consolidada na livre e espontânea vontade dos nubentes. A mulher mereceu um lugar próprio, passando a ser responsável pelo governo doméstico e pela educação dos filhos” (2005, p. 43).

Valdemar destaca que foi especificamente sobre o matrimônio que a igreja mais legislou, tendo atuado fortemente durante o período que vai dos séculos XII ao XIII. “Para a igreja, o casamento é um sacramento, ao passo que para o direito romano é apenas a união do marido e da mulher, ou seja, um estado de fato que produz consequências jurídicas” (LUZ, 1981, p. 15).

A dissolução do casamento pelo divórcio, possibilidade até então vislumbrada, tratava-se de questão a qual os canonistas se opunham, “pois consideravam o casamento um sacramento, não podendo o homem dissolver a união realizada por Deus: *quod Deus conjunxit homo non separet*” (GONÇALVES, 2013, p. 32). Nesse segmento, esclarece Wald que “na doutrina canônica, o matrimônio é concebido como sacramento, reconhecendo-se a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação aos infiéis, cujo casamento não reveste o caráter sagrado do casamento católico” (1981, p. 12). Curioso destacar que apesar da separação no direito canônico ter como efeito a extinção do dever de coabitação, acabava “subsistindo [sic] todavia entre os separados os deveres de fornecer alimentos e de fidelidade recíproca” (WALD, 1981, p. 14).

Ressalta-se que a dissolução do casamento religioso, antes da influência canônica no direito romano, era, ainda que possível, extremamente difícil, na medida em que a religião estava acima dos vínculos afetivos. “Para esta ruptura, uma nova cerimônia sagrada se fazia necessária, pois somente a religião podia desligar aquilo que a religião havia ligado” (COULANGES, 2009, p. 45). O direito canônico, por sua vez, primando pela indissolubilidade do casamento, tratou de definir um sistema de impedimentos, que seriam motivos impeditivos para sua realização, esses impedimentos, por sua vez poderiam acarretar na nulidade ou anulabilidade no casamento, segundo Wald (1981). “A Igreja [sic] se limitou a exigir para a validade do casamento o consenso dos nubentes e as relações sexuais voluntárias, relegando para um plano secundário o consentimento paterno [...]” (WALD,

1981, p. 12). O autor frisa ainda a existência de uma divergência entre a concepção católica do casamento e a concepção medieval.

Enquanto para a igreja, em princípio, o matrimônio depende do simples consenso das partes, a sociedade medieval reconhecia no matrimônio um ato de repercussão econômica e política para o qual devia ser exigido não apenas o consenso dos nubentes, mas também o assentimento das famílias a que pertenciam (1981, p. 12).

Carlos Celso Orcesi da Costa *apud* Rizzardo reconhece a importância do direito canônico ao comentar que este passou a influenciar demasiadamente as relações matrimoniais durante o período da Idade Média, como forma de reação ao desgaste dos costumes, bem como em função da descentralização do poder político.

Embora para autores isolados esse período da história da humanidade tenha revelado, ao contrário do que se supõe, ainda mais ampla e desatinada a desmoralização dos costumes, na verdade a quase unanimidade dos estudiosos assinala que a ação da Igreja [sic], no âmbito das relações matrimoniais, foi produtiva e moralizadora. Em que pese filosoficamente se poder discordar dos métodos limitadores, teóricos, dogmáticos, resultantes da ação canônica, tendeu a se estabilizar e efetivamente tornar-se indissolúvel o vínculo durante aquele largo período da história (2011, p. 20).

1.2 O DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL

A família brasileira, da forma que é entendida atualmente, sofreu forte influência da família romana, canônica e germânica, tendo se constituído mediante princípios advindos da Igreja Católica Apostólica Romana, o que, invariavelmente, repercutia no direito vigente no país. Essa influência, afirma Rizzardo (2011) justifica-se pela própria tradição brasileira, posto que, nosso país, a princípio, foi formado por colonizadores lusos. “Dada a cultura religiosa inspirada no catolicismo, que impregnou todas as formações étnicas que aqui aportaram, é natural a grande influência daquele direito em nosso ordenamento” (RIZZARDO, 2011, p. 7). Gonçalves, nesse segmento, destaca a grande influência do direito canônico em nosso ordenamento:

É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principal da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio (GONÇALVES, 2013, p. 32).

No Direito Romano, os conceitos de família e filiação eram pautados no casamento e no autoritarismo, conferidos pela figura do *pater*. Esses conceitos incorporaram-

se ao antigo Código Civil brasileiro, e ainda hoje é possível perceber a influência e resquício na legislação vigente. “Só recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações à nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável [...]” (GONÇALVES, 2013, p. 32).

O direito de família brasileiro pode ser dividido em três grandes períodos, conforme propõe Lôbo (2011): I) direito de família religioso ou canônico (1500 - 1889); II) Direito de família laico (1889 – 1988); direito de família igualitário ou solidário (1988 – dias atuais). (2011, p. 40-41) De acordo com o referido autor, no período religioso:

[...] o direito de família é considerado matéria reservada ao controle da Igreja Católica, religião oficial tanto na Colônia quanto no Império. Desde o descobrimento, Portugal impôs à colônia seu próprio ordenamento jurídico, mediante as Ordenações do Reino [...], que por sua vez remetiam ao direito canônico da Igreja Católica, em matéria de família (LÔBO, 2011, p. 41).

É possível perceber, à vista disso, a forte interferência da religião na vida privada durante esse período de formação da sociedade brasileira. Havia uma forte confusão entre o público e o privado “tornando tarefa difícil a identificação de um conjunto normativo dirigido à família, até porque o direito canônico regulava a vida privada das pessoas desde o nascimento à morte, conferindo a seus atos caráter oficial” (LÔBO, 2011, p. 42).

Com o advento da República, inicia-se um novo período do direito de família, possuindo como característica a “subtração da competência do direito canônico sobre as relações familiares, especialmente o matrimônio, que se tornaram seculares ou laicas. O casamento religioso ficou destituído de qualquer efeito civil” (LÔBO, 2011, p. 42). O patriarcado vai aos poucos perdendo consistência, assim como há uma redução gradativa das desigualdades consagradas no direito de família.

A Constituição de 1988 marca o terceiro período, chamado de igualitário ou solidário, cujo autor, ao comentar o capítulo destinado ao direito de família, afirma que “pode ser considerado um dos mais avançados dentre as constituições de todos os países, consumou-se o término da longa história da desigualdade jurídica na família brasileira” (LÔBO, 2011, p. 43).

O Código Civil de 1916, por seu turno, veio apenas a traduzir os valores morais que permeavam e dominavam o cenário social da sua época. Venosa (2003) comenta que naquele momento histórico, a sociedade era rural e patriarcal, assemelhando-se, em muitos aspectos, à família Antiga. Não havia paridade de direitos entre homens e mulheres, na

medida em que o marido, além de chefe e administrador, era considerado um representante dessa entidade matrimonial. “Os filhos submetiam-se à autoridade paterna, como futuros continuadores da família, em uma situação muito próxima da família romana” (VENOSA, 2003, p. 28). O Código Civil de 1916, deste modo, buscava sistematizar o modelo patriarcal de família, privando da tutela jurisdicional as demais espécies de entidades familiares e os filhos que não fossem havidos na constância do casamento.

O Estado, sem muita resistência, absorve da Igreja a regulamentação da família e do casamento, no momento em que esta não mais interfere na direção daquele. No entanto, pela forte influência religiosa e como consequência da moral da época, o Estado não se afasta muito dos cânones, assimilando-os nas legislações com maior ou menor âmbito. Manteve-se a indissolubilidade do vínculo do casamento e a *capitis deminutio*, capacidade relativa da mulher, bem como a distinção legal da filiação legítima e ilegítima (VENOSA, 2003, p.28).

O referido diploma, um projeto de Clóvis Beviláqua, entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 1917, tendo como escopo a proteção de uma família de natureza agrária. A organização social, política e judiciária do Brasil dessa época, serviu de influência para a família moldada pelo Código, que, por seu turno, é “profundamente marcada pela solenidade e fundada em bases patrimonialistas, divorciada dos fatos sociais e alheia à verdadeira realidade da família brasileira” (FACHIN *apud* GIRARDI, 2005, p. 25). Essa característica patrimonialista é predominante no Código de 1916, na medida em que, a origem e evolução histórica da família brasileira pauta-se no predomínio da concepção do homem livre proprietário como estrutura basilar legislativa, conforme menciona Lôbo (2011). O aludido autor traz uma observação curiosa acerca do conteúdo legislativo do diploma em questão:

[...] no Código de 1916, dos 290 artigos da parte destinada ao direito de família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais. A partir da década de 70 do século XX essas bases começaram a ser abaladas com o advento de nova legislação emancipadora das relações familiares, que desmontaram as estruturas centenárias ou milenares do patriarcalismo (LÔBO, 2011, p. 23-4).

Como sendo um reflexo da sociedade da época, tratou o Código de 1916 de adotar um “sistema fechado que abordava apenas disposições que favoreciam à classe dominante. Desta forma, não foram codificados institutos que a sociedade da época não queria ver disciplinados, como o modo de apropriação de bens e a vida em comunhão” (FACHIN, 2003, p. 298).

Esse modelo de sociedade, com base patriarcal e patrimonialista, primava pelo casamento, dado que “na sociedade agrária brasileira, família, ao contrário da atualidade, que encontra outras formas de expressão, só era como tal considerada, se fundada no casamento,

não havendo meios de proteção ou tutela jurídica para outros arranjos familiares” (2005, p. 26). Através dessa perspectiva patriarcal não havia uma preocupação com a realização pessoal dos membros que a compunham a família, sendo esta vista como “um instituto dotado de função. Um de seus atributos era manter laços e relações políticas e perpetuar o nome e o patrimônio que se transmitia de geração em geração [...]” (GIRARDI, 2005, p. 28). A esse respeito, Farias e Rosenvald comentam que

[...] naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava a regra ‘até que a morte nos separe’, admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo de casamento. Mais ainda, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 36).

Com viés extremamente patrimonialista, a família codificada idealizada neste diploma legal desconsiderava a perspectiva da afetividade, bem como estava fundada na desigualdade de sexos e na rigidez hierárquica. A exemplo disso, tem-se que a capacidade da mulher era “perdida” a partir do momento em que essa contraísse o matrimônio, momento em que passava a ser vista como relativamente incapaz, “não possuía mais condições de gerir-se de pessoal e patrimonialmente, sendo conferida e outorgada ao marido, mediante essa ficção legal de incapacidade, a gerência e administração tanto de si como dos bens que tivesse ou viesse a ter na constância do casamento” (GIRARDI, 2005, p.28). Magalhães nos lembra que essa situação de inferioridade da mulher não estava restrita apenas ao campo do Direito de Família, citando como exemplo:

A Consolidação das Leis do Trabalho permitia ao marido rescindir o contrato de trabalho da mulher que se empregasse sem o seu consentimento. O Código Penal de 1980 considerava o adultério da mulher como crime instantâneo, enquanto que para o homem era necessário o requisito da habitualidade, exigindo que ele tivesse concubina teúda e manteúda, situação que perdurou até o advento do Código Penal de 1940 (MAGALHÃES, 2003, p.28).

O supracitado autor, ainda em análise à diferença no tratamento legislativo entre homens e mulheres, menciona que essa condição de incapacidade relativa da mulher casada a impedia de votar, não sendo considerada, conseqüentemente, uma cidadã. À esposa, do Código Civil de 1916, cabia apenas as tarefas domésticas e o cuidado dos filhos, sendo-lhe limitada a vida fora dos espaços privados do dia-a-dia, “subjugando as mulheres a um regime que aprofundava as desigualdades, limitando o acesso feminino ao trabalho e à propriedade, por isso tido como um diploma legal de natureza eminentemente formal e patrimonialista

[...]” (GIRARDI, 2005, p. 28). “A situação jurídica da mulher brasileira somente em 1962 começou a ser alterada, portanto num passado muito recente. Naquele ano foi sancionada a Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, conhecida por Estatuto da mulher casada” (MAGALHÃES, 2003, p. 28).

A família passa a receber amparo constitucional apenas em 1934, quando “a Constituição democrática de 1934 dedica todo um capítulo à família, aparecendo pela primeira vez a referência expressa à proteção especial do Estado, que será repetida nas constituições subsequentes” (LÔBO, 2011, p. 34). Entretanto, as demais constituições não promoveram grandes alterações no diploma civil de 1916, na medida em que a estrutura patriarcal e o casamento como forma exclusiva de formação familiar, permaneciam intactos. Nesse sentido, Lôbo destaca as principais modificações promovidas pelas demais cartas magnas, no que tange o direito de família:

Na Constituição autoritária de 1937 a educação surge como dever dos pais, os filhos naturais são equiparados aos legítimos e o Estado assume a tutela das crianças em caso de abandono pelos pais. A Constituição democrática de 1946 estimula a prole numerosa e assegura assistência à maternidade, infância e à adolescência (LÔBO, 2011, p. 34).

Mesmo com as alterações constitucionais e legislativas ocorridas, como a Lei da Adoção (Lei nº 3.133/57), Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) e o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), até a Promulgação da Carta Magna de 1988 o casamento continuava sendo a única instituição reconhecida de família, a união estável e o concubinato eram ignorados pelo legislador, e a adoção era deixada em segundo plano, tendo em vista permanecerem as diferenças de direitos e de tratamento entre os filhos sanguíneos e os adotados.

A situação passa a se alterar gradualmente a partir da metade do século XX, quando aos poucos o legislador passou a superar certas resistências sociais, de modo a atribuir direitos aos filhos havidos fora da constância do casamento, assim como a entender pela plena capacidade da mulher (VENOSA, 2003). A Constituição de 1988 foi o auge dessa alteração, ao passo que “não mais distingue a origem da filiação, equiparando os direitos dos filhos, nem mais considera a preponderância do varão na sociedade conjugal” (VENOSA, 2003, p. 28-9).

A família brasileira passa a sofrer nesse período uma intensa transformação, que não esteve limitada aos valores, mas também a sua composição, visto que passamos a enxergar uma organização social mais urbanizada (LÔBO, 2011). Girardi, nesse segmento, elucida que essa transição dos moldes da sociedade passou a ocorrer com o advento da industrialização, que acabou por resultar numa crescente urbanização, fazendo com que o

modelo patriarcal e matrimonializado fosse perdendo espaço para outros arranjos familiares, os quais “encontram na Constituição de 1988, a consagração legal do reconhecimento não mais de um modelo único de família funcionalizada, mas sim de variadas formas e vinculações afetivas que podem ser entendidas juridicamente como novos conceitos de família” (GIRARDI, 2005, p. 30).

1.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: A NOVA PERSPECTIVA DA ENTIDADE FAMILIAR

As alterações ocorridas na configuração familiar estão intimamente ligadas ao fato da mulher passar a ter controle sob seu ventre, através do uso do anticoncepcional, o que lhe permitiu ingressar no mercado de trabalho e possuir relativa igualdade financeira, conforme comenta Girardi (2005). Magalhães (2003), nesse segmento, comenta que esta evolução ocorrida na situação jurídica da mulher casada, é fruto de questões alheias ao casamento que passaram a intervi-lo. Como a mudança da configuração familiar, que foi de agrícola à industrial, contribuindo para que ocorresse uma emancipação feminina e modificação de seu papel na sociedade conjugal.

No Brasil, a revolução industrial ocorreu na década de 60, e foi exatamente a partir daí que a mulher passou a exercer pouco a pouco o seu papel social, readquirindo capacidade plena, liberando-se sexualmente, concorrendo com o homem no mercado de trabalho (MAGALHÃES, 2003, p. 31).

Os dois principais fatores do desaparecimento da sociedade patriarcal, segundo Lôbo (2011), foram o forte processo de urbanização pelo qual passou o Brasil ao longo do século XX, bem como a emancipação feminina, que modificou o papel até então destinado à mulher no âmbito doméstico, remodelando as famílias.

A família passa a ter um novo perfil, a partir da promulgação da Carta Magna de 1998, sendo o vínculo afetivo o elemento norteador de sua composição. Passa a absorver as transformações ocorridas na sociedade e adotar uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana. Lôbo considera ter sido a Constituição que mais interveio nas relações familiares, promovendo “redução ou mesmo eliminação, ao menos no plano jurídico, do elemento despótico existente no seio da família, no Brasil” (LÔBO, 2011, p. 34). Dá-se espaço a um novo modelo familiar, caracterizado pela busca da felicidade pessoal, assim como a de seus membros, o qual se convencionou chamar de família eudemonista (FARIAS e

ROSENVALD, 2014). A família passa a existir em função de seus membros e não o contrário, não sendo vista como um fim em si mesma. “Trata-se de um novo modelo familiar, enfatizando a absorção do deslocamento do eixo fundamental do Direito das famílias da *instituição* para a *proteção da pessoa humana* e de sua realização existencial dentro da sociedade” (FARIAS E ROSENVALD, 2014, p. 43).

Novos preceitos jurídicos passam a ser verificados, visando o respeito aos princípios constitucionais, tais como a igualdade, liberdade, e acima de tudo o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, recebendo o direito de família uma nova roupagem passando a ser entendido como uma união fundada no amor recíproco.

O modelo igualitário da família constitucionalizada contemporânea se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiraram o marco regulatório estampado nos arts. 226 a 230 da Constituição de 1988 (LÔBO, 2011, p.33).

Nas palavras de Farias e Rosenvald (2014), os novos valores que passaram a inspirar a sociedade contemporânea romperam definitivamente com o conceito tradicional de família. A nova organização da sociedade moderna estabelece um modelo familiar que seja descentralizado, igualitário e desmatrimonializado. “O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 36).

A perspectiva da família tradicional era pautada no direito patrimonial, o novo enfoque, porém, pelo qual se identifica a Constituição de 1988, “tem indicado novos elementos que compõe as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. Nessa linha, a família socioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência” (GONÇALVES, 2013, p. 32-3). Lôbo corrobora com esse posicionamento ao afirmar que “a família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos” (2011, p. 27).

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem. Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social, fundamental, para que seja compreendida *como*

núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana (FARIAS E ROSENVALD, 2014, p. 38, grifo do autor).

A família passa então a ser uma comunidade firmada na igualdade entre seus membros, bem como pautada no afeto, havendo “consideráveis mudanças nas relações de família, passando a dominar novos conceitos em detrimento de valores antigos. Nesta visão, tem mais relevância o sentimento afetivo que o mero convívio” (RIZZARDO, 2011, p. 12). Nesse segmento, Farias e Rosenvald reiteram que “funda-se, portanto, a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no *afeto*, na *ética*, na *solidariedade recíproca entre seus membros* e na preservação da *dignidade deles*. Estes são os referenciais da família contemporânea” (2014. p. 37, grifo do autor). Lôbo também comenta a reinvenção social sofrida pela família, na medida em que essa

[...] reencontrou sua unidade na *affectio*, antiga função desvirtuada por outras destinações nela vertidas, ao longo de sua história. A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o trunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade (Lôbo, 2011, p. 20).

As densas mudanças ocorridas no seio da família resultaram em seu afastamento do conceito e visão, até então dominante, no direito romano, canônico e luso-espanhol. Na medida em que passa a haver o reconhecimento constitucional de outras espécies de família, buscando o ordenamento legal se adaptar à realidade social e cultural vigente (RIZZARDO, 2011). Os antigos ritos, que até o momento eram considerados mis importantes que os laços afetivos, já não importam mais. “Importa a *affectio maritalis* e parental, que é o valor primeiro a se valorar e proteger, pois constitui o elemento que dá sustentação ao grupo familiar” (RIZZARDO, 2011, p. 14, grifo do autor).

Ao fazer uma análise sistemática da Constituição de 1988, Gonçalves (2013) afirma que esta prioriza a dignidade da pessoa humana, bem como opera uma inovação no Direito de Família, através de três eixos básicos: O art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição” (2013, p. 33). O segundo eixo transformador “encontra-se no §6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento” (2013, p. 33). A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, §5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916” (2013, p. 33).

O caput do artigo 226, segundo Lôbo (2011), destaca que a Constituição proclama a família como sendo a base da sociedade, residindo, neste fato, a principal limitação ao

Estado, na medida em que “a família não pode ser impunemente violada pelo Estado, porque seria atingida a base da sociedade a que serve o próprio Estado” (LÔBO, 2011, p. 35). Nessa mesma perspectiva, Girardi afirma que “a família está longe de deixar de ser a celular *mater* da sociedade, na medida em que é, e acredita-se, sempre será o ponto de partida para o estabelecimento do sujeito e do desenvolvimento de múltiplas outras relações sociais que não se estabelecendo ao longo de sua trajetória existencial” (GIRARDI, 2005, p. 33).

Ainda em análise ao artigo 226, a nova Constituição, segundo Lôbo (2011), inova ao trazer além da entidade matrimonial, explicitamente a união estável e a monoparental, permitindo ainda uma a inclusão de demais entidades implícitas, por meio de uma interação extensiva. A esse respeito, Girardi (2005) comenta que com a edição do artigo 226 e do artigo 227, nossa Carta Magna passa a conferir ao panorama jurídico do direito de família uma ampliação na acepção de democracia e respeito às diferenças. A Constituição passa permitir o reconhecimento legal da união estável e das famílias monoparentais, resultando, deste modo, no aumento de relações familiares a serem tuteladas pelo Estado.

Essa quebra do modelo necessariamente heteroparental assentado na chefia paterna, passa a dar lugar ao conhecimento de novos grupos familiares, como é o caso das famílias monoparentais, demonstrando, além disso, a possibilidade de estruturas familiares homoparentais, conforme defende Farias e Rosenvald (2014). No entanto, Girardi (2005) atenta para o fato de não ter o legislador incluído todas as uniões afetivas possíveis e já constantes na nossa sociedade. “Especificamente no capítulo destinado à família, deixou de considerar expressamente as uniões formadas por pares homossexuais, como também não declarou uma tutela típica para outros arranjos familiares” (GIRARDI, 2005, p. 34). Deste modo, deixando a cargo da jurisprudência e legislação infraconstitucional a missão de tutelar tais situações, através de princípios constitucionais e a aplicação dos direitos de personalidade. “Para tanto, o princípio da dignidade da pessoa humana serve como cláusula geral dos direitos de personalidade, porque estes estão intimamente relacionados ao direito de família [...]” (GIRARDI, 2005, p. 34).

Todas essas alterações, ocorridas na segunda metade do século XX, somadas ao advento da Constituição Federal de 1988, levaram à aprovação do Código Civil de 2002, conforme afirma Gonçalves (2013). O novo Código Civil, por sua vez, só veio a regulamentar direitos já tutelados pela Constituição Federal e leis esparsas editadas antes de sua vigência. Gonçalves elenca de forma sucinta os principais aspectos no referido diploma:

O Código Civil de 2002 destina um título para reger o *direito pessoal*, e outro para a disciplina do *direito patrimonial* da família. Desde logo enfatiza a igualdade dos cônjuges (art. 1511), materializando a paridade no exercício da sociedade conjugal, redundando no *poder familiar*, e proíbe a interferência das pessoas jurídicas de direito público na comunhão de vida instituída pelo casamento (art. 1.513), além de disciplinar o regime do casamento religioso e seus efeitos (GONÇALVES, 2013, p. 34, grifo do autor).

Imperioso destacar que, não obstante as evoluções trazidas nesse diploma, seu projeto é da década de 70, tendo sofrido inúmeras emendas e modificações ao longo de quase trinta anos de trâmite. Em detalhes, Dias explica que:

O Código Civil – que ainda se costuma chamar de novo – entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003. O projeto original data de 1975, sendo anterior, inclusive, à Lei do Divórcio, que é de 1977. Tramitou pelo Congresso Nacional antes de ser promulgada a Constituição Federal, em 1988, que introduziu diversa ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana. Em completo descompasso como o novo sistema jurídico, o projeto necessitou sofrer modificações profundas para adequar-se às diretrizes ditadas pela Constituição. Daí o sem-número de emendas que sofreu, tendo sido bombardeado por todos os lados. Inúmeros remendos foram feitos, o que, ainda assim, não deixou o texto com a atualidade e a clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje. Sua desordem estrutural decorre da inclusão retalhada da nova concepção do direito das famílias. Foram inseridas, sem técnica alguma, na fase final de sua elaboração, certas regras de direito preexistentes. Assim, o “novo” Código, embora bem-vindo, chegou velho. (DIAS, 2011, p.31).

Deste modo, apesar de se tratar de um novo diploma, na época em que entrou em vigência já estava desatualizado. “O advento do Código Civil de 2002 não pôs cobro ao descompasso da legislação, pois várias de suas normas estão fundadas nos paradigmas passados e em desarmonia com os princípios constitucionais referidos” (Lôbo, 2011, p. 25).

Haja vista o grande lapso temporal entre a tramitação e a entrada em vigência do Código de 2002, grandes foram as modificações sofridas no seio da sociedade, de modo que vários direitos já haviam sido contemplados pela Constituição Federal e outros, por sua vez, passassem a representar um anacronismo. Conforme podemos depreender da leitura que nos faz Lôbo, acerca do diploma:

O Código Civil de 2002, apesar da apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade, manteve forte presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, em variados institutos do Livro IV, dedicado ao direito de família, desprezando-se o móvel da *affectio*, inclusive no Título I destinado ao ‘direito pessoal’ (LÔBO, 2011, p. 24).

A partir do momento em que matérias antes tratadas apenas pelo Código Civil passam a ganhar previsão constitucional e incidem permanentemente sobre a matéria infraconstitucional, vislumbramos o fenômeno de constitucionalização do Direito Civil, e,

deste modo, ao interpretar o Código Civil tem-se que levar em consideração a Constituição, objetivando não incorrer em desacordo com a Lei Maior. (GIRARDI, 2005) “Os princípios fundamentais, inscritos na ordem constitucional, impuseram a necessária reformulação de toda normativa infraconstitucional, entre elas a vetusta codificação civil que se abre para recepcionar os princípios e valores constitucionais [...]” (GIRARDI, 2005, p. 36).

Nesse mesmo sentido, Pereira chama atenção para essa nova forma de leitura do direito de família, na qual “destacam-se os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem aos interesses particulares, prevalecendo a constitucionalização do direito civil” (PEREIRA *apud* LÔBO, 2011, p. 36) .

Passa-se a ter então, a imposição de uma leitura dos institutos de direito civil conforme a Constituição Federal. A proteção do núcleo familiar deve estar em consonância com a tutela da pessoa humana, primando pelos princípios gerais da nossa Carta Magna. “Por isso, desnivelar a proteção da pessoa humana, sob o argumento de proteger a instituição familiar, é cometer gravíssima subversão hermenêutica, violando frontalmente o comando constitucional” (FARIAS E ROSENVALD, 2014, p. 39).

II - A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: ROMPIMENTO COM ANTIGOS DOGMAS E A CRIAÇÃO DE NOVOS MODELOS

No presente capítulo serão abordados os núcleos familiares até então desamparados pelo legislador, tendo em vista que se opera uma alteração na visão do conceito de família. Reafirmar-se-á que a edição do artigo 226 da Constituição representou grande avanço na proteção de entidades familiares, ainda que o legislador não tenha abordado de forma expressa todos os arranjos familiares presentes em nossa sociedade. Contudo, notório é o fato de ser o afeto elemento formador de todas as formas de família, devendo este ser consideração no momento de interpretação normativa, decorrendo assim uma visão plural de entidade familiar. Elencaremos então, os núcleos familiares que têm por base o afeto, sendo estes merecedores de direitos, estando ou não expressos em nosso ordenamento.

Passar-se-á, num segundo momento, a focar nossa análise sob as famílias homoafetivas, através de um viés constitucional não limitador, posto que possuem os mesmos elementos fundantes de qualquer outro núcleo familiar. Serão expostas decisões importantes que já demonstravam o entendimento do legislador acerca do reconhecimento dessas uniões, ainda que a lei tenha sido omissa em tratar a questão, assim como a recente decisão proferida em 2011 pelo Superior Tribunal Federal, que passou a reconhecer sua natureza familiar.

Ao final, se fará uma análise do instituto da filiação, posto que se torna necessário abordar outras organizações de convívio, após o reconhecimento das uniões homoafetivas pela jurisprudência. Como institutos derivados da filiação, dar-se-á atenção à adoção e a reprodução assistida.

2.1 OS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES

Conforme explanado no capítulo anterior, o direito de família sofreu uma grande ruptura de paradigmas, na medida em que se operou verdadeira repersonalização das relações familiares. Essa nova dimensão é observada no momento em que ocorre uma ampliação na composição familiar, consolidando-se com a Constituição de 1988, que realizou significativas mudanças no texto legal, passando a acompanhar a realidade social, primando pela proteção, segurança e dignidade humana dos membros que compõe a família.

Passou o legislador constituinte apenas a regulamentar aquilo que de fato já correspondia à realidade de muitas famílias brasileiras, de modo a reconhecer o casamento apenas como uma solenidade, uma mera convenção social, ao passo que a família é um fato natural (FARIAS e ROSENVALD, 2014). Sales comenta essa mudança trazida pela Constituição, ressaltando que o direito de família constitucionalizado “tende a ser muito mais humanitário, respeitando os limites do direito individual, da intimidade, da vida privada e da liberdade pertencente à família e a cada um de seus membros, também individualmente considerados” (SALES, 2014, p.25). Os novos arranjos familiares que passaram a ser absorvidos possuem como elemento identificador o vínculo afetivo, não sendo possível se usar qualquer predefinição ou formatação que limite o conceito de família. “Os novos contornos da família estão desafiando a possibilidade de se encontrar uma conceituação única para a sua identificação” (DIAS, 2013, pg. 41).

Em vista disso, a partir do artigo 226 da Constituição Federal, o âmbito de proteção da família foi além da originada pelo casamento, passando a abranger “qualquer outra manifestação afetiva, como a união estável e a família monoparental – formada pela comunidade de qualquer dos pais e seus descendentes, no eloquente exemplo da mãe solteira” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 91). Dias comenta que, com essa inserção no conceito de entidade familiar, “foi rompida a posição excessivamente privilegiada da união oficializada como base de formação e proteção da família” (DIAS, 2006, p. 66). Ainda:

Modificando de forma revolucionária a compreensão do Direito das Famílias (que, até então, estava assentado necessariamente o matrimônio), o Texto Constitucional alargou o conceito de família, permitindo o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, com a mesma proteção jurídica dedicada ao casamento. (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 91).

Para Dias, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/60), auxiliou na amplificação do conceito de família, na medida em que “identifica como família qualquer relação de afeto (LMP 5º III). Com isso, não mais se pode limitar o conceito de entidade familiar ao rol constitucional. Lei nova alargou seu conceito” (DIAS, 2013, p. 42). Seguindo essa perspectiva, comentam Farias e Rosenvald ser “preciso ressaltar que o rol da previsão constitucional não é taxativo, estando protegida toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto, esteja ou não, contemplada expressamente na dicção legal.” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 91) Ainda segundo os autores, o Estatuto da Criança e do Adolescente também acabou por absorver a ideologia pluralista, uma vez que “com as modificações implantadas pela Lei Nacional de Adoção (Lei nº 12.010/09), reconheceu proteção a diferentes modelos

familiares (à família natural, à família ampliada e à família substituta).” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 92) Lôbo (2011), ao comentar o tema, menciona as seguintes unidades familiares presentes em nossa sociedade:

a) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos; b) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e filhos não biológicos; c) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável); d) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou apenas não biológicos (união estável); e) pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental); f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (entidade monoparental); g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie [...]; h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; i) uniões homossexuais, de caráter afetivo sexual; uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos; k) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, [...] sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados [...] (LÔBO, 2011, p. 78-9).

O autor destaca ainda que as hipóteses listadas de “g” a “k”, não estão amparadas no ordenamento brasileiro. As hipóteses de “a” até “f”, por sua vez, foram expressamente previstas em nossa Constituição, quais sejam casamento, união estável e a entidade monoparental. (LÔBO, 2011). Ademais, “o Código Civil trata expressamente do casamento (arts. 1.511 e s.) e da união estável (arts. 1.723 a 1.726) como entidades familiares, apenas, e do concubinato (art. 1.727) para excluí-lo da qualificação de união estável, sem atribuir-lhe a natureza de entidade familiar” (LÔBO, 2011, p. 79).

Dias (2013), de forma mais extensa, também comenta a pluralidade de família existente, elencando as famílias em: família matrimonial; família informal; família homoafetiva; família paralela ou simultânea; família poliafetiva; família monoparental família parental ou anaparental; família composta, pluriparental ou mosaico; família natural, extensa ou ampliada; família substituta; família eudemonista.

A família matrimonial é a formada pelo casamento, sendo a única forma admissível de formação familiar até o advento da Carta Magna (DIAS, 2013). A família informal, por seu turno, são relacionamentos sem respaldo legal, “essas estruturas familiares, ainda que rejeitadas pela lei, acabaram aceitas pela sociedade, fazendo com que a Constituição albergasse no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável [...]” (DIAS, 2013, p. 46). A família homoafetiva, caracteriza-se pela relação entre pessoas do mesmo sexo, “por puro preconceito, a Constituição emprestou, de modo expreso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união heterossexual” (DIAS, 2013, p. 46). Sendo,

porém, digna de proteção do Estado, na medida em que a Constituição em seu artigo 1º, inciso III, consagra o respeito à dignidade da pessoa humana. Atualmente o Supremo, no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, passou a reconhecer tais relações como união estável, possuindo assim direitos e deveres iguais (DIAS, 2013), tema que será aprofundado posteriormente.

Família paralela trata-se de expressão utilizada para identificar a concomitância de duas entidades familiares. A família poliafetiva, por seu turno, ainda acaba por ser rotulada como um afronta à moral e aos bons costumes, na medida em que ofenderia o princípio da monogamia, sendo um desrespeito ao dever de fidelidade. No entanto, defende a autora que “negar a existência dessas famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório” (DIAS, 2013, p. 54). Família monoparental trata-se da entidade familiar formada por apenas um dos pais na titularidade do vínculo familiar. Família parental ou anaparental caracteriza-se pela “convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito” (DIAS, 2013, p. 55). A autora traz como exemplo a situação na qual duas irmãs moram juntas e acabam por adquirir certo patrimônio em conjunto esforço.

A família composta, pluriparental ou mosaico é a “estrutura familiar originada no matrimônio ou união de fato de um casal, no qual um ou ambos de seus integrantes têm filhos, provenientes de um casamento ou relação prévia” (DIAS, 2013, p. 55-6). Família natural, extensa ou ampliada é um conceito de família introduzido pela Lei 12.010/09, sendo aquela em que a criança ou adolescente convive e mantém vínculos, indo além do pai e da mãe, podendo abranger outros parentes. Família substituta consiste na colocação de crianças e adolescentes em famílias de caráter excepcional, objetivando garantir a convivência familiar e comunitária (DIAS, 2013). Por fim, a família eudemonista, que na verdade, trata-se de uma “doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade” (DIAS, 2013, p. 58).

Observa-se então, que esta nova configuração familiar compreende famílias com laços sanguíneos ou não, coabitando ou não a mesma casa, podendo haver ou não finalidade sexual, havendo ou não a existência de filhos, sendo determinante apenas as relações de afeto e a delimitação das funções familiares. É nesse segmento que Lôbo (2011) destaca como características comuns, sem as quais não estaria configurada a entidade familiar:

- a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, como fundamento e finalidade da entidade [...]; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; c) convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

À vista do exposto, torna-se necessário reconhecer que além da família instituída no casamento, outros arranjos familiares são dignos de proteção constitucional. Na medida em que, “a família deve ser notada de forma ampla, independentemente do modelo adotado. Seja qual for a forma, decorrerá especial proteção do Poder Público (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 91).

2.2 ISONOMIA ENTRE CASAIS HOMOAFETIVOS E HETEROAFETIVOS

As uniões homoafetivas sempre foram consideradas pela doutrina apenas no plano obrigacional, sendo definidas como sociedades de fato, de modo a acarretarem apenas efeitos patrimoniais (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p.93). Conforme elucida Dias, “visualizava-se exclusivamente um vínculo negocial, e não uma relação afetiva com características de uma família” (2013, p. 211). No entanto, a partir do momento em que o legislador ampliou o conceito de entidade familiar, contemplando “não só a família constituída pelo casamento, mas também a união estável e o vínculo monoparental, foi rompida a posição excessivamente privilegiada da união oficializada como base de formação e proteção da família” (DIAS, 2006, p. 66). Necessário se faz, portanto, uma análise atenciosa ao que dispõe a Carta Magna, no que tange os princípios que devem guiar o intérprete da lei.

Para Lôbo (2014), as famílias homoafetivas possuem amparo constitucional, dado que apresentam como elementos fundantes a afetividade, estabilidade e a ostensibilidade. Seguindo essa perspectiva, também comentam Farias e Rosenvald ser o afeto o elemento que une tais uniões. Assim, “dividem-se alegrias, tristezas, sexualidade, afeto, solidariedade, amor..., enfim, projetos de vida. Por isso, não é crível, nem admissível, que lhes seja negada a caracterização como entidade familiar” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 94). Rios pactua dessa opinião, ao elucidar que “de fato, quando dois homens ou duas mulheres constroem laços afetivos e sexuais, íntimos e externos, duradouros e estáveis, comungando esforços e aspirações nos afazeres cotidianos, não há motivo para rechaçar a qualificação jurídica de família” (RIOS, 2001, p. 127).

Analisa Lôbo que a Constituição não proíbe a relação de pessoas do mesmo sexo, tendo em vista que o artigo 226 opera como norma inclusiva, não havendo norma que exclua a proteção dessas uniões.

A ausência de lei que regule essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são autoaplicáveis, independentemente de regulamentação. As uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria (LÔBO, 2014, p.90).

Seguindo essa perspectiva, Moschetta (2011) também assevera que a previsão do texto constitucional é exemplificativa, tendo o legislador optado por citar apenas as entidades mais evidentes na nossa sociedade, “mas o fato de prever expressamente algumas modalidades, não tem o condão de obstaculizar outras espécies que surgiram e surgirão no decorrer da evolução social” (MOSCHETTA, 2011, p. 49). Coadunam com esse posicionamento Farias e Rosenvald, ao reiterarem que “considerando que o elenco constitucional das entidades familiares (CF, art. 226) é meramente exemplificativo, não há razão jurídica para obstar o reconhecimento das uniões de pessoas do mesmo sexo como grupos submetidos ao Direito das Famílias” (2014, p.95)

Dias posiciona-se no mesmo sentido, afirmando ser o preconceito o único óbice ao reconhecimento de famílias homoafetivas, visto que “nem a Constituição nem a lei, ao tratarem do casamento, fazem qualquer referência ao sexo dos nubentes. Portanto, não há qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo” (DIAS, 2013, p. 161). Nessa continuidade, após analisar se a previsão constitucional do casamento, união estável e família monoparental é *numerus clausus* ou *numerus apertus*, conclui Moscheta que nossa Lei Maior “alberga entidades familiares além do *numerus clausus* e assegura que as ditas famílias possuem espaço no Estado democrático de direito, primando por seus próprios fundamentos: a cidadania e a dignidade humana” (MOSCHETTA, 2011, p. 49 – 50, grifo do autor).

Farias e Rosenvald (2014) elencam as principais justificativas que, a luz da Constituição, fundamentam o posicionamento majoritário acima exposto. Primeiramente, alegam que, apesar da Constituição Federal não ter amparado de forma expressa a união entre pessoas do mesmo sexo, ao se fazer leitura atenta de seus princípios, chega-se a essa inferência. “Máxime quando consideramos os princípios basilares constitucionais da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade substancial (CF, arts.3º e 5º), da não discriminação, inclusive por opção sexual (CF, art. 5º), e do *pluralismo familiar* (CF, art. 226) [...]” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 94, grifo do autor). Posteriormente, citam como fundamento que “a família contemporânea tem o seu ponto de referência no *afeto*, evidenciado como um verdadeiro *direito à liberdade de autodeterminação emocional*, que se encontra garantido constitucionalmente” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 94, grifo do autor). E, por fim, consideram os autores que não acolher as famílias homoafetivas como

entidade familiar merecedoras de proteção “é negar a compreensão instrumentalizada da família, retirando proteção da pessoa humana e reprimando uma era já superada (definitivamente!) institucionalizada, como se a proteção não fosse dedicada à pessoa, atentando contra a sua intransigível dignidade” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 94).

Assim, o reconhecimento da função social da família espalha-se para as uniões homoafetivas, haja vista que, ao derivar dos princípios fundamentais da República, mormente o da dignidade da pessoa humana, tem-se que alguns direitos listados entre os arts. 226 ao 230 da Constituição Federal de 1988 são elevados à categoria de direitos fundamentais [...]. Então, estar-se-ia afrontando a Constituição se uniões caracterizadas pela informalidade, afetividade, estabilidade, ostensibilidade, objetivando constituir família, promovendo a dignidade humana, não recebessem o tratamento isonômico e fossem tratadas de forma diferenciada em razão da orientação sexual dos integrantes (MOSCHETTA, 2011, p. 64).

Para Dias (2013), o fato de o legislador ter sido omissos quanto não deve ser entendido como inexistência de direitos, de modo que a lei prevê formas de serem sanadas as lacunas presentes no nosso ordenamento pátrio. “A determinação é que julgue (LINDB 4º, e CPC 126): *quando a lei for omissa, o juiz decidirá*. Inclusive são apontadas as ferramentas a serem utilizadas: analogia, costumes e princípios gerais do direito” (DIAS, 2013, p. 208). Nesse sentido posicionam-se Farias e Rosenvald, sustentando que uma vez “reconhecidas as uniões homoafetivas como entidades familiares e considerando a ausência de um texto normativo disciplinador, restam as uniões de pessoas do mesmo sexo submetidas à regulamentação normativa do casamento por analogia (LINDB, art 4º)” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p.102).

Entendimento semelhante possui Lôbo, ao elucidar que, apesar de as relações homoafetivas não terem seus efeitos jurídicos previstos expressamente em lei, as regras da união estável aplicam-se por analogia, “em virtude de ser a entidade familiar com maior aproximação de estrutura, nomeadamente quanto às relações pessoais, de lealdade, respeito e assistência, alimentos, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos” (LÔBO, 2014, p. 90-1). Deste modo, não pode o magistrado ausentar-se de proferir decisão alegando lacuna legislativa. “Não pode se pronunciar com um *non liquet* (não há lei), abstendo-se de julgar alegando que não encontrou na lei solução para o litígio” (DIAS, 2013, p. 208). Dias cita ainda que precisa ser considerado pelo julgador o art. 5º da LINDB, o qual designa que o magistrado deverá observar aos fins sociais a que a lei se destina, assim como as exigências do bem comum.

Ao analisar os critérios de preenchimento de lacuna legislativa, Dias esclarece não ser possível o magistrado eximir-se da analogia ao reconhecer as uniões homoafetivas como

as demais relações. “O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso dessa forma integrativa de um fato existente e não regulamentado no sistema jurídico” (DIAS, 2013, p. 209). No que tange os princípios gerais do direito, deverá observar os “princípios introduzidos pela Constituição como norteadores do Estado Democrático de Direito. Assim, necessita socorrer-se dos princípios constitucionais que impõem o respeito à dignidade e asseguram o direito à liberdade e à igualdade” (DIAS, 2013, p. 209). Com relação aos costumes, “imperioso atentar aos costumes atuais, que, cada vez mais, vêm emprestando visibilidade aos relacionamentos das pessoas do mesmo sexo” (DIAS, 2013, p. 209).

Uma vez firmada a condição de entidade familiar das uniões homoafetivas, é necessário que se tenha em mente que esse reconhecimento gera efeitos patrimoniais, como no caso partilha de bens, bem como existenciais (pessoais), a exemplo da aquisição do sobrenome (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 98). Nesse sentido, importante ressalva se faz quanto as decisões proferidas por nossos Tribunais à casais homoafetivos, as quais reconhecem direitos do campo previdenciário, sucessório, direito real de habitação ou até mesmo inegibilidade eleitoral. Dias (2013), à vista disso, menciona o conceito de família trazido pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), a qual passou a inserir as famílias homoafetivas como entidade familiar. “O parágrafo único do art. 5º reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica familiar” (DIAS, 2013, p. 215). Farias e Rosenvald também comentam a referida lei:

[...] a Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha considerou as uniões homoafetivas como entidades familiares ao aludir à possibilidade de violência familiar contra a mulher, praticada, inclusive, por outra mulher. A norma é de clareza solar ao explicitar que as relações pessoais (e, por conseguinte, familiares) das quais podem decorrer violência doméstica, tratadas pela citada norma, *independem de orientação sexual*. Consagra-se, pois, em sede infraconstitucional, a tese de que as uniões familiares não são, exclusivamente, heteroafetivas (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 94-5, grifo do autor).

Os supracitados autores trazem ainda a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que, no Resp Eleitoral 24.564, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, j. 01/10/2004, firmou reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, ao conferir inelegibilidade a parceira do mesmo sexo, conforme dispõe o art. 14, §7º da Constituição Federal, “observando se tratar de um ‘um dado real’, em que, ‘assim como no união estável, no casamento ou no concubinato, presume-se que haja fortes laços afetivos’” (FARIAS e ROSENVALD, 2013, p.94).

Já na esfera previdenciária, frisam os autores a Portaria nº 513, de 9 de dezembro de 2010, do Ministro de Estado da Previdência Social, a qual “estabeleceu aos parceiros homoafetivos os benefícios previdenciários reconhecidos aos beneficiários do regime geral de Previdência Social, instituídos pela Lei nº 8.213/91, quando comprovada a estabilidade da união homoafetiva” (FARIAS e ROSENVALD, 2013, p.99).

Também mencione-se a possibilidade de pagamento do seguro DPVAT ao parceiro homoafetivo, por conta de acidente sofrido por veículo automotor, consoante previsão de Circular nº 257, de 21 de junho de 2004, da superintendência de Seguros Privados-SUSEP, bem como à possibilidade de inserção como dependente em plano de assistência médica, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: ‘a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica’ (FARIAS e ROSENVALD, 2013, p.99).

Constata-se o longo trajeto percorrido até que essas famílias tenham reconhecidos seus direitos, assim como sua função no espaço sócio-familiar. À vista disso, “em 05 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão inédita que agasalhou a omissão legislativa no que se refere ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar” (MOSCHETTA, 2011, p. 65). A decisão, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, amparou duas ações declaratórias de inconstitucionalidade, a ADPF nº 132-RJ e a ADI 4.277-DF e reconheceu por unanimidade a natureza familiar das relações homoafetivas, possuindo efeito vinculante e submetendo tais uniões às normas do Direito das Famílias. Rompe-se, por conseguinte, com a apreensão de que há impossibilidade jurídica no reconhecimento de união estável, em se tratando de duas pessoas do mesmo sexo. Segundo Dias (2013), a decisão do Egrégio Tribunal reconhece os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis heteroafetivas às uniões homoafetivas, “pondo fim à insegurança jurídica decorrente da omissão do legislador que de forma preconceituosa se abstém de aprovar qualquer projeto que assegure direitos à população LGBT” (DIAS, 2013, p. 213). Imperioso destacar que, “até o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 pelo Supremo Tribunal Federal não se tinha uma posição superior unânime sobre a configuração da união homoafetiva no cenário jurídico brasileiro” (MOSCHETTA, 2011, p. 66). Da ementa extrai-se que:

O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. [...] A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional

de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural (BRASIL, 2011).

A partir da supracitada decisão, “o Poder Judiciário dá o tom sobre o começo do fim do preconceito ao reconhecer direitos advindos da união homoafetiva, cabendo aos atores do direito e à sociedade em geral a respeitabilidade que a diversidade sexual, *in casu*, requer” (MOSCHETTA, 2011, p. 66). Ademais, “pensar em contrário significaria negar a pessoas humanas os seus direitos fundamentais e a sua própria dignidade (garantida em sede constitucional, logo no primeiro artigo do Pacto Social de 1988)” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p.97). Deste modo:

O constituinte, ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, coloca no centro das preocupações jurídicas a pessoa, e a partir disso o reconhecimento da igualdade e liberdade são imperativos que necessitam ser garantidos, como se observou da posição adotada pela Corte Suprema (MOSCHETTA, 2011, p. 66).

À vista disso, conclui-se que “*as normas relacionadas à união estável heteroafetiva* (CC, arts. 1.723 a 1.727) *são aplicáveis, também, às uniões homoafetivas, por analogia*” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p.102, grifo do autor). Nesse sentido, comenta Moschetta ter deixado claro o julgamento que o reconhecimento das uniões homoafetivas “ocorre se presentes os requisitos caracterizadores da união estável, a saber: união pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família, como se extrai do art. 1.723 do Código Civil” (MOSCHETTA, 2011, p. 66).

Isto posto, pode-se deduzir que essa designação resulta em direitos ao casal, dos quais se pode citar “alimentos entre eles e em relação aos descendentes, partilha dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união e herança. Ainda, se da união resultaram filhos, podem ser pleiteados direito à guarda e visitas” (MOSCHETTA, 2011, p. 66). Farias e Rosenvald (2014) também analisam os efeitos decorrentes do reconhecimento das uniões homoafetivas que, conforme já abordado oportunamente, podem ser patrimoniais ou existenciais, não sendo passíveis de diminuição protetiva, caso em que afrontaria diretamente os valores trazidos na Constituição Federal. A fim de consubstanciar a proteção jurídica a essas famílias, frente a omissão legislativa, as regras da união estável devem ser aplicadas de forma análoga (FARIAS e ROSENVALD). O que significa afirmar que “todos os direitos e

benefícios reconhecidos aos companheiros são extensíveis aos parceiros homoafetivos, por incidência da analogia entre as entidades familiares – ambas merecedoras de *especial proteção do Estado* (CF, art.226, *caput*)” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 103, grifo do autor).

2.3 FILIAÇÃO E AFETO

Importante que se faça uma análise acerca da filiação, pois, na medida em que a Constituição Federal amplia a compreensão de entidade familiar, passando a abranger a união estável e a família monoparental, assim como a união homoafetiva passa a ser considerada pela jurisprudência, passa-se a ter novas estruturas de convívio e vínculo familiar (DIAS, 2013). O conceito de filiação, em sentido estrito, é trazido por Gonçalves, segundo o qual, seria o vínculo jurídico que liga o filho aos pais. “É considerada *filiação propriamente dita* quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina *paternidade* ou *maternidade*” (GONÇALVES, 2013, p.319, grifo do autor). Lôbo, por seu turno, traz um conceito mais rebuscado, definindo filiação como sendo relacional, trata-se da “relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga” (LÔBO, 2011, p. 216). Venosa, nessa perspectiva, explica que “o termo *filiação* exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram” (VENOSA, 2003, p.266). “Filiação procede do latim *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace” (LÔBO, 2011, p.216). Farias e Rosenvald elucidam a importância do instituto, colocando que “dentre as múltiplas relações de parentesco, a mais relevante, dada a proximidade do vínculo estabelecido e a sólida afetividade decorrente, é a filiação, evidenciando o liame entre pais e filhos” (2014, p. 566).

Necessário se faz comentar a proibição da distinção entre os filhos havidos dentro ou fora da constância do casamento, assim como dos adotados, trazida pela Constituição de 1988, em seu artigo 227, parágrafo 6º. O referido princípio de igualdade entre os filhos é reiterado pelo Código Civil, em seu artigo 1.596. Gonçalves esclarece a distinção que se operava a época:

Filhos *legítimos* eram os que procediam de justas núpcias. Quando não houvesse casamento entre os genitores, denominavam-se *ilegítimo* e se classificavam, por sua vez, em naturais e espúrios. *Naturais*, quando entre os pais não havia impedimento para o casamento. *Espúrios*, quando a lei proibia a união conjugal dos pais. Estes podiam ser *adulterinos*, se o impedimento resultasse do fato de um deles ou de ambos serem casados, e *incestuosos*, se decorresse do parentesco próximo, como entre pai e filha ou entre irmão e irmã (GONÇALVES, 2013, p. 320).

Comenta Lôbo que “no Brasil, a filiação é conceito único, não se admitindo adjetivações ou discriminações. Desde a Constituição de 1988 não há mais filiação legítima, filiação ilegítima, filiação natural, filiação adotiva, ou filiação adulterina.” (LÔBO, 2011, p. 216). Os filhos não podem sofrer diferentes efeitos em razão de terem nascido de uma relação matrimonial, ou não, portanto. “Promoveu-se, dessa maneira, uma total desvinculação, um desatrelamento completo, entre filiação e o tipo de relação familiar mantida pelos genitores (ou mesmo não mantida por eles)” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 567).

A nova ordem jurídica consagrou como fundamental o direito à **convivência familiar**, adotando a **doutrina da proteção integral**. Transformou crianças e adolescentes em sujeitos de direito. Deu prioridade à dignidade da pessoa humana, abandonando a feição patrimonialista da família. Proibiu quaisquer designações discriminatórias à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos nascidos ou não da relação de casamento e aos filhos havidos por adoção (CF 227 §6º) (DIAS, 2013, p. 363, grifo do autor).

Através de um olhar sob orientações da Constituição no que tange a filiação, verifica-se que se opera expressa proibição quanto a conceituar filiação a partir do critério consanguíneo (FARIAS e ROSENVALD, 2014). “Não mais é permitida, por força de norma constitucional, qualquer menção à origem (biológica ou não) da filiação – o que, por si só, já implica, a toda evidência, em discriminação entre os filhos” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 571).

Entretanto, apesar da proibição trazida pela legislação no que tange a disparidade de direitos ou qualificações discriminatórias em razão da origem da filiação, “estabelece ela, para os filhos que procedem de justas núpcias, uma presunção de paternidade e a forma de sua impugnação; para os havidos fora do casamento, critérios para o reconhecimento, judicial ou voluntário; e, para os adotados, requisitos para a sua efetivação” (GONÇALVES, 2013, p. 320). No mesmo sentido, Farias e Rosenvald comentam que “de modo inexplicável, o legislador-codificador manteve uma presunção de paternidade (art. 1.597) somente para os filhos nascidos de pessoas casadas, ignorando a existência da pluralidade de núcleos familiares, protegida, de forma expressa, pela Constituição Federal” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 567-8). Dias, também em crítica ao instituto da presunção de paternidade, esclarece que “ainda que por vedação constitucional não mais seja possível

qualquer tratamento discriminatório com relação aos filhos, o Código Civil trata em capítulos diferentes os filhos havidos da relação de **casamento** e os havidos **fora do casamento**” (DIAS, 2013, p. 360). O legislador, ao optar por tratar em capítulo diferente os filhos havidos na constância do casamento daqueles fora da constância do matrimônio, deixa clara a intenção de presumir a paternidade. “Tal tendência decorre da visão sacralizada da família e da necessidade de sua preservação a qualquer preço, nem que para isso tenha de atribuir filhos a alguém, não por ser pai ou mãe, mas simplesmente para a manutenção da estrutura familiar” (DIAS, 2013, p. 360).

A respeito do instituto da presunção de paternidade, elucida Gonçalves que, via de regra, “o simples fato do nascimento estabelece o vínculo jurídico entre a mãe e o filho. Se a mãe for casada, esta circunstância estabelece, automaticamente, a paternidade: o pai da criança é o marido da mãe, incidindo a aludida presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*” (GONÇALVES, 2013, p. 321). Em vista disso, considera-se a paternidade do marido devido ao fato de a mulher ter dado a luz na constância do casamento. Dias (2013), a seu turno, esclarece o contexto do instituto em questão. A família constituída pelo casamento, conforme já comentado em momento oportuno, sempre foi a única reconhecida pelo Estado. Desse modo, “quando a lei trata da filiação, está a se referir exclusivamente aos filhos matrimoniais. Despreza o legislador a **verdade biológica** e gera uma **paternidade jurídica**, estabelecida por presunção independente da verdade real” (DIAS, 2013, p. 360, grifo do autor). O único critério de classificação consistia de o filho decorrer ou não de pais casados. “Assim, a situação conjugal do pai e da mãe refletia-se na identificação dos filhos: conferia-lhes ou subtraía-lhes não só o direito à identidade, mas também o direito à sobrevivência” (DIAS, 2013, p. 361). Até a atual Constituição, considerava-se apenas o filho nascido 180 dias após ou 300 depois do término do relacionamento, fato que foi modificado com a edição do artigo 227, parágrafo 6º, bem como do Código Civil de 2002, segundo o qual “a presunção de paternidade não é exclusivamente da filiação biológica, uma vez que decorre também, de forma absoluta, em se tratando de filho nascido de **reprodução heteróloga**” (DIAS, 2013, p. 360-1).

Houve, portanto, um alargamento do conceito de filiação, fruto da Constituição de 1988, a qual passou a contemplar novos vínculos de parentalidade (DIAS, 2013). “Todas essas mudanças refletem-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de **novos conceitos** e de uma **nova linguagem** que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo etc” (DIAS, 2013, p. 363). Percebe-se então que, assim como ocorreu com o conceito de entidade familiar, tem-se que a

filiação passou a ser identificada pela presença do laço afetivo paterno-filial. Nessa perspectiva, comenta, Farias e Rosenvald (2014) que, na medida em que o núcleo familiar passa a ser vislumbrado como um lugar de plena realização da personalidade do indivíduo assim como de suas capacidades, tem-se que a “é possível vislumbrar a filiação como um dos mecanismos de formação dos núcleos familiares e, por conseguinte, um dos mecanismos de *realização da personalidade humana*” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 569, grifo do autor).

Diante do exposto, necessário observar que “os conceitos de casamento, sexo e procriação se desatrelaram, e o desenvolvimento de modernas técnicas de reprodução permite que a **concepção** não mais decorra exclusivamente do **contrato sexual**.” (DIAS, 2013, p. 363, grifo do autor) Consequentemente, segundo a supracitada autora, a questão genética deixa de ser fator preponderante no que se refere o vínculo da filiação, na medida em que a realidade legal passa a se sobrepor sobre a biológica, alarga-se a definição de paternidade, que passa a abranger o parentesco psicológico. Comenta Lôbo (2011) que nosso ordenamento jurídico admite a filiação biológica e a não biológica. “Por ser uma construção cultural, resultante da convivência familiar e da afetividade, o direito a considera como um fenômeno socioafetivo, incluindo a de origem biológica, que antes detinha a exclusividade” (LÔBO, 2011, p. 216). Em consenso com esse posicionamento, Farias e Rosenvald (2014) expõe não ser necessária a transferência de carga genética para que se perfaça a relação de filiação, posto que “seu elemento essencial está na vivência e crescimento cotidiano, nessa mencionada busca pela realização e desenvolvimento pessoal (aquilo que se chama, comumente, de *felicidade*)” (2014, p. 570).

Para Dias (2013), é tarefa do direito constatar o laço de parentesco que une pai e filho, pois esse é o fator que “confere a este a **pose de estado de filho** e ao genitor as responsabilidades decorrentes do **poder familiar**. O parentesco deixou de manter, necessariamente, correspondência com o vínculo consanguíneo” (DIAS, 2013, p. 364, grifo do autor). À vista disso, temos que a filiação pode decorrer tanto da origem genética quanto da convivência estabelecida, não sendo possível precisar qual dos vínculos é mais sólido (FARIAS e ROSENVALD, 2014). Em suma:

[...] sob o ponto de vista técnico-jurídico, a filiação é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta *entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal*. Remete-se, pois, ao conteúdo do vínculo jurídico entre as pessoas

envolvidas (pai/mãe e filho), trazendo a reboque atribuições e deveres variados (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 570).

Através da ampliação do conceito de filiação, assim como a identificação de novos vínculos de parentalidade, que não pode ser mais apenas buscada na esfera genética, indispensável que seja feita a análise de alguns institutos decorrentes da filiação. A Constituição, ao proibir designações entre os filhos, garante os mesmos direitos aos filhos havidos da relação ou adotados pelo casal. Tem-se ainda que os métodos de reprodução assistida permitiram a realização do sonho de ter filhos a muitas pessoas, tendo o Código Civil trazido sua previsão, em seu artigo 1.597. Isto posto, imperioso que se faça um estudo acerca da adoção, assim como da reprodução humana assistida, meios utilizados por casais homoafetivos no intuito de contemplar seu projeto parental.

2.3.1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO

Na medida em que a filiação passou a ser única, tem-se que pode ser instituída de variadas maneiras, sendo a adoção um dos instrumentos de instituição filiatória, no qual se insere o adotado em um meio familiar, baseando-se no afeto e dignidade (FARIAS e ROSENVALD, 2014). “No Brasil, após a Constituição de 1988, não há mais filho adotivo, mas adoção entendida como meio para filiação, que é única” (LÔBO, 2011, p. 272). De acordo com Dias (2013), trata-se de um dos institutos mais antigos do qual se tem notícia.

Lôbo (2011) define a adoção como sendo um “ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos. Não é negócio jurídico unilateral. Por dizer respeito ao estado de filiação, que é indisponível, não pode ser revogada” (LÔBO, 2011, p. 273). Completa ainda tratar-se de ato personalíssimo e, de acordo com o artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não ser passível de ser exercido por procuração. Gonçalves (2013), por seu turno, afirma tratar-se de instituto com natureza jurídica controvertida, em que na vigência do Código de 1916 possuía caráter contratual, sendo realizado por escritura pública, através do consentimento de ambas as partes. Porém, com o advento da atual Constituição, passou a ser ato complexo e a necessitar de sentença judicial. “A adoção não mais estampa o caráter contratualista de outrora, como ato praticado entre adotante e adotado, pois [...] o legislador ordinário ditará as regras segundo as quais o Poder Público dará assistência aos atos de adoção” (GONÇALVES, 2013, p. 381). Consequentemente, “a partir do momento em que a adoção se conclui, com a sentença judicial

e o registro de nascimento, o adotado se converte integralmente em filho” (LÔBO, 2011, p. 272). Segundo Dias, ao proibir qualquer designação discriminatória entre os filhos, a Constituição passa a afastar qualquer distinção entre a filiação e a adoção. A autora elucida o instituto da seguinte forma:

O estado de filiação decorre de um fato (nascimento) ou de um ato jurídico: a adoção – **ato jurídico** em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. A adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica (DIAS, 2013, p. 497).

Para Farias e Rosenvald, o artigo 227, §6º da Constituição além de representar relevante avanço, afastou o caráter contratual do instituto, que passou a ganhar novos contornos. Elucidam que a adoção não deve ser vista como forma de conferir um filho a quem estaria biologicamente impedido, “prevalecendo a concepção do instituto como mecanismo de colocação em família substituta, consubstanciando o *direito à convivência familiar* e a *proteção integral* do adotado” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 932). Nessa perspectiva, esclarece Dias que “a adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade. A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado” (DIAS, 2013, p. 498). Em continuidade, comenta Lôbo que a escolha do legislador constituinte em reconhecer a igualdade de direitos entre os filhos biológicos e adotados, demonstra a inclinação pela família socioafetiva. “A filiação não é um dado da natureza, e sim uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem. Nesse sentido, o filho biológico é também adotado pelos pais, no cotidiano de suas vidas” (LÔBO, 2011, p. 273).

No que tange a legitimidade para adoção, comenta Dias que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 42, com o advento da Lei de Adoção, passou a prever idade mínima de 18 anos para que se possa proceder com a adoção, deste modo, os civilmente capazes (DIAS, 2013). “Se o adotante tiver menos de 18 anos, a adoção será nula, por violação de requisito legal essencial, não podendo ser sanada, quando completar a idade” (LÔBO, 2011, p. 277). Acerca da exigência de idade mínima, interessante se faz o esclarecimento de Lôbo:

A exigência de idade mínima de 18 anos (antes, era de 50, depois de 30, no Código Civil, e de 18, no Estatuto da Criança e do Adolescente) ainda é maior que a exigida para o casamento, para o qual basta a idade de 16 anos. Porém é razoável, pois, se o impulso à união conjugal é uma realidade em tenra idade, que o direito não pode ignorar, a adoção para realizar o princípio constitucional da maternidade responsável (art. 226, §7º da Constituição), pode ser utilmente limitada, até porque é dependente de aprovação pelo Estado-juiz (2011, p. 277).

Dias comenta ainda outro requisito presente no que se refere a idade, tendo o artigo 42 §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecido uma exigência de diferença de 16 anos entre adotante e adotado. “Essa distância de tempo busca imitar a vida, pois é a diferença em anos para a procriação. Sendo dois os adotantes, basta o respeito à diferença de idade com referência a apenas um dos requerentes” (DIAS, 2013, p. 500). Salienta a autora que essa regra é passível de flexibilização, seriam os casos onde a adoção é precedida pelo convívio o que permite o estabelecimento de uma filiação afetiva.

Ainda em análise ao artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se a proibição da adoção por ascendentes e descendentes, bem como os irmão do adotando, conforme §1º. Farias e Rosenvald esclarecem a vedação trazida pelo Estatuto, comentam os autores que esta justifica-se “por conta da proximidade de vínculo já existente entre as partes envolvidas, o que poderia implicar em confusão conceitual, inclusive no que tange os alimentos e à sucessão hereditária” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 941). Comentam ainda ser admitida a adoção de sobrinho por tio, bem como da impossibilidade de adoção de tutelado ou curatelado por seu tutor ou curador, enquanto não houver prestação de contas da sua administração. Em consonância, Lôbo comenta que “não há impedimento para adoção de parentes colaterais de terceiro grau, a exemplo de sobrinhos, muito comum nos costumes brasileiros” (LÔBO, 2011, p. 277). Segundo Dias:

Qualquer pessoa pode adotar. Pessoas sozinhas: solteiros, divorciados, viúvos. A lei não faz qualquer restrição quanto à orientação sexual do adotante, nem poderia fazê-lo. Também independe do **estado civil** do adotante (ECA 42). Quem é casado ou vive em união estável também pode adotar, sendo que a adoção não precisa ser levada a efeito pelo casal. Como a lei não proíbe que somente **uma pessoa adote**, o que não é proibido é permitido. Basta haver a **concordância** do cônjuge ou companheiro – essa é a única exigência para a colocação em família substituta (ECA 165 I) norma que se aplica também à adoção (ECA 165 parágrafo único) (DIAS, 2013, p. 500).

Farias e Rosenvald, porém, acerca da possibilidade de adoção por mais de uma pessoa, comentam que a regra adotada pelo ordenamento pátrio é a de que “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, estabelecendo a regra da adoção unilateral. Proíbe-se, com isso, que a mesma pessoa seja adotada por duas pessoas” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 942). No entanto, criticam os supracitados autores tal barreira legal, comentando ser possível seu afastamento se for salutar ao adotado, citando como exemplo a adoção por casais homoafetivos. Dias, a respeito dessa possibilidade, elucida que a, com a finalidade de conceder a adoção por mais de uma pessoa, em seu artigo 42 §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, fala em “casados civilmente”. Critica a autora a exigência de comprovação

documental de união estável, considerando uma afronta a preceito constitucional, sendo suficiente a intenção de constituir família (DIAS, 2013). Farias e Rosenvald, a seu turno, consideram que traz o legislador, com a edição dessa norma, uma exceção à regra, sendo assim “possível a adoção por pessoas casadas civilmente ou que mantenham união estável, comprovada a estabilidade do núcleo familiar” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 943). Destaca-se ainda que “a disposição legal, no sentido de que os adotantes devem ser casados ou viver em união estável (ECA 42 §2º), não exclui a adoção por **casais homossexuais**” (DIAS, 2013, p. 501, grifo do autor).

Gonçalves, de modo sucinto, elenca os requisitos imprescindíveis à adoção, trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:

a) idade mínima de 18 anos para o adotante (ECA, art 42, *caput*); b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado (art. 42, §3º); c) consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar; d) concordância deste, se contar mais de 12 anos (art. 28, §2º); e) processo judicial (art. 47, *caput*); f) efetivo benefício para o adotando (art. 43) (2013, p. 401).

No que tange o consentimento dos pais ou dos representantes legais do adotado, requisito trazido pelo autor na letra “c”, trata-se de condição fundamental para a concessão da medida, segundo o supracitado autor. Contudo, conforme alude Dias, “é dispensável se os **pais** (a) forem desconhecidos ou (b) tenham sido destituídos do poder familiar (ECA 45 § 1º)” (DIAS, 2013, p. 502).

Percebe-se, acerca do explanado, tratar-se de instituto voltado a prestigiar o convívio familiar, de acordo com a nova concepção adotada pelo constituinte, a qual determina uma visão afetiva da relação filiatória. Em suma, definem Farias e Rosenvald como sendo um instrumento com função de determinar a filiação “através do critério socioafetivo, fundamentado no *afeto*, na *ética* e na *dignidade* das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 934).

2.3.2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Em seu artigo 1.597, nos incisos II, IV e V, o Código Civil traz a previsão de três hipóteses de filhos concebidos na constância do casamento, todas ligadas à manipulação genética, quais sejam: a fecundação por inseminação artificial homóloga, a fecundação por

inseminação artificial de embriões excedentários e a fecundação por inseminação artificial heteróloga. À vista disso, pode-se verificar que os avanços tecnológicos alteram a forma como visualizamos a filiação, contribuindo na formação de novos núcleos familiares. Nesse sentido, comenta Dias que “a enorme evolução – verdadeira revolução – ocorrida no campo da biotecnologia acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento de novas formas de filiação” (DIAS, 2013, p. 375). Nesse sentido:

Dos diversos avanços tecnológicos e científicos decorrem, naturalmente, alterações nas concepções do sistema filiatório, descortinando uma passagem aberta para outra dimensão jurídica, na qual o reconhecimento da filiação deve ser um elemento de garantia da dignidade do homem. E, por conseguinte, advém a *eliminação de fronteiras arquitetadas pelo sistema filiatório clássico*, abrindo espaço para um *Direito das Famílias contemporâneo*, suscetível à influências da nova sociedade, trazendo consigo a necessidade universal de garantir o desenvolvimento da personalidade humana independentemente de regimes familiares formais ou não. (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 568).

Dias (2013) considera a incursão do legislador tímida, na medida em que apreciou apenas as hipóteses de inseminação artificial. Atribui a responsabilidade ao fato do tema ser relativamente novo, envolvendo situações ainda complexas, as quais podem ser melhor abordadas em legislação específica.

Farias e Rosensvald, ao abordarem as noções gerais do tema, elucidam que “a reprodução assistida é o gênero do qual podem derivar duas espécies: a *inseminação artificial* e a *fertilização na proveta* (também chamada de fertilização *in vitro* – FIV)” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 598, grifo do autor). Deste modo, tem-se que a inseminação artificial “é o procedimento em que se realiza a concepção *in vivo*, no próprio corpo da mulher. O médico, portanto, prepara o material genético para implantar no corpo da mulher, onde ocorrerá a fecundação” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 598, grifo do autor). Em contrapartida, comentam os autores que “na *fertilização na proveta* a concepção é laboratorial, realizada fora do corpo feminino, apenas ocorrendo a implantação de embriões já fecundados” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 598-9, grifo do autor).

Destacam ainda os supracitados autores que em ambas as variantes o processo pode se dar de forma homóloga ou heteróloga. “Naquela (*homóloga*), utiliza-se de material genético do próprio casal interessado, com a expressa anuência de ambos. Nesta (*heteróloga*), há utilização de material genético de terceiro (o doador de sêmen, por exemplo)” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 599, grifo do autor). Dias também comenta as modalidades técnicas:

Chama-se de concepção **homóloga** quando decorre da manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é

implantado na mulher, que leva a gestação a termo. Na inseminação **heteróloga**, a concepção é levada a efeito com material genético de doador anônimo e o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente. Sendo ela casada, se o marido consentiu com a prática, será ele o pai, por presunção legal (DIAS, 2013, p. 273, grifo do autor).

Por tratar-se de tema relevante ao objeto do trabalho em questão, por ora ficar-se-á com uma explanação rasa do assunto, que será abordado detalhadamente em capítulo seguinte.

III – O DIREITO DAS FAMÍLIAS: RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E O RECONHECIMENTO DA DUPLA MATERNIDADE

No presente capítulo será discutida, num primeiro momento, a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, decorrente de uma abordagem inclusiva da norma. Para tanto, além de análise legislativa e doutrinária, será verificada a jurisprudência pátria, a qual, conforme se observará, já se consolidou em sentido afirmativo.

Em sequência, se analisará a utilização das técnicas de reprodução assistida por casais homoafetivos. Um breve estudo da técnica em questão é feito, dando enfoque ao procedimento utilizado por casais lésbicos. A Resolução 1957 de 2011, do Conselho Federal de Medicina, atual dispositivo normativo médico que dispõe acerca das técnicas de reprodução assistida, passa a ser estudada no que tange a possibilidade de acesso às técnicas por casais homoafetivos.

A possibilidade da dupla maternidade passa então, de maneira mais específica, a ser estudada no terceiro tópico. Para tanto, cumpre ressaltar que, frente a escassa bibliografia que envolve o tema, bem como, reconhece-se, a excelente abordagem trazida pela autora, recorreu-se à mesma linha argumentativa trazida por Ana Amélia Ribeiro Sales. O tema passa então, a ser estudado através dos princípios fundamentais esculpidos em nossa Constituição.

Por fim, será feito um breve estudo de jurisprudências que já caminhavam pelo reconhecimento do duplo registro civil à pares homoafetivos, neste caso, casais lésbicos, bem como o recente provimento nº 52 do CNJ, que veio a alterar a até então necessidade de reconhecimento por parte do judiciário, tornando o procedimento exigível diretamente em cartório.

3.1 CASAIS HOMOAFETIVOS: A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO

A adoção, conforme explicitado em capítulo anterior, trata-se de uma ficção jurídica, um instituto que estabelece a relação civil. “Desse modo, tal instituto se apresenta como o vínculo legal que cria, à semelhança de filiação consanguínea, um parentesco, pelo **valor do afeto**” (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 110). Nesse seguimento, comenta Moschetta que “a adoção é uma das opções para realizar o projeto de parentalidade. Ela é, sem dúvida, uma demonstração de afeto que, mesmo com a desbiologização da filiação, estabelece vínculos

afetivos paterno-filiais entre os envolvidos” (MOSCHETTA, 2011, p. 149-50). Tendo em vista as particularidades gerais do instituto já terem sido abordadas em momento oportuno, passa-se a analisar o que tange a possibilidade de adoção por casais homoafetivos.

Constata-se ser um tema ainda muito discutido, dividindo opiniões, porém, há de se concluir não haver óbice legal com relação à adoção por casais homoafetivos, visto que, “as únicas exigências para o deferimento da adoção (ECA 43) são que apresente reais vantagens para o adotado e se fundamente em motivos legítimos” (DIAS, 2013, p. 512). Girardi, nesse sentido, comenta que ao se tratar das possibilidades jurídicas da adoção por pares homoafetivos, são incontáveis as indagações que emergem. No entanto, salienta a autora serem tais questionamentos e pressupostos para o não consentimento da adoção, estritamente ligados à orientação sexual dos adotantes, de modo que “referem-se muito mais a alguns mitos e preconceitos – em que pese ser ainda uma temática em evolução para as diversas áreas médica e psicológica – em relação à homossexualidade do que a prejuízos psicológicos advindos de tais adoções” (GIRARDI, 2005, p. 129). Completa a autora:

Acredita-se que o problema maior para a criança adotada por uma pessoa homossexual, ou na hipótese de um par homossexual, venha a ser, sobretudo, as dificuldades sociais inerentes ao preconceito contra a adoção e contra a homossexualidade do que dificuldades provenientes da orientação sexual do(s) pai(s) ou mãe(s) propriamente ditas (GIRARDI, 2005, p. 129-30).

Em contraponto à colocação acima exposta, importante se faz a apreciação de Farias e Rosenvald, destacando que a união homoafetiva, fundamentada no afeto e companheirismo mútuo, é entidade familiar merecedora de proteção Estatal, tendo em vista o entendimento dado ao caput do artigo 226 da Constituição Federal, tema este já bastante discutido em momento acertado no presente trabalho (FARIAS e ROSENVALD, 2014). Trata-se da ânsia por dar e receber afeto fato motivador para que muitas famílias homoafetivas procurem o Judiciário, almejando o deferimento da adoção (MOSCHETTA, 2011). Consequentemente, tem-se que “a entidade familiar homoafetiva produzirá efeitos comuns do Direito das Famílias, como o direito a alimentos, o direito à herança e acréscimo de sobrenome e, por igual, a possibilidade de adoção, formalizando uma relação filiatória” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 946). Isto posto, além da importância na assistência a ser conferida ao adotando, prevalecendo a doutrina do melhor interesse, deve-se observar que “o planejamento familiar é direito constitucional assegurado ao casal que pretenda ou não, exercer a parentalidade, e, nesse caso, inclui-se a pretensão de pares formados por pessoas do mesmo sexo” (MOSCHETTA, 2011, p. 151).

O artigo 42 §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe basicamente a mesma redação do artigo 1.622 do Código Civil, que foi revogado pela Lei de Adoção (Lei n. 12.010/2009). Segundo o qual, “para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.” (BRASIL, 1990) A respeito dessa limitação trazida pelo legislador, comentam Farias e Rosenvald que “ao estabelecer a proibição da adoção simultânea por duas pessoas – salvo em se tratando de pessoas casadas ou em união estável – parece ter pretendido o sistema jurídico brasileiro obstar a adoção pelo casal homoafetivo” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 945). No entanto, criticam os autores essa interpretação restritiva da lei, inclusive citando Carlos Roberto Gonçalves, o qual chegou a adotar esse posicionamento em sua obra. Destaca-se a colocação de Gonçalves abaixo:

Dispõe, efetivamente, o §2º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a redação dada pela aludida lei da adoção, que, ‘para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família’. Tal redação reitera o entendimento do legislador brasileiro de não admitir a adoção por pessoas do mesmo sexo (casais homoafetivos) figurando como pai e como mãe (GONÇALVES, 2013, p. 386).

Entretanto, o assunto demanda uma análise mais cuidadosa, tomando por base o caput do artigo 226 da Constituição, bem como elucidando que a união entre casais homoafetivos está pautada no afeto e solidariedade, sendo merecedora de amparo estatal (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 946). A respeito da ponderação feita, traz-se a análise feita por Girard, destacando a importância do olhar constitucionalizado do direito civil, assim como das demais legislações infraconstitucionais, no que tange a temática exposta:

Aliada a essa ordem de ideias – que considera os métodos específicos de interpretação da normativa constitucional e a interpretação constitucionalizada da normativa civil – soma-se uma das novas características do conceito contemporâneo de família, que é a sua funcionalidade. A característica de funcionalidade da família importa em tê-la e considerá-la para fins da tutela jurídica, como instrumento de realização dos membros que a ela pertencem. Dessa forma, sua proteção jurídica só encontra fundamento na medida em que proporciona proteção aos interesses e aos direitos essenciais dos membros que a compõe (GIRARDI, 2005, p. 133).

Lôbo, a seu turno, a respeito da adoção por pares homoafetivos, comenta que “não há impedimento constitucional para que duas pessoas do mesmo sexo, que vivam em relação afetiva, possam adotar a mesma criança” (LÔBO, 2011, p. 91). Para Girard, “pelo dever de não-discriminação dado pelo direito constitucional à igualdade, a não-concessão da adoção somente por conta do adotante ter orientação homossexual constitui-se numa discriminação que a lei proíbe (GIRARDI, 2005, p. 130). Moschetta, em consonância, entende que não há

ressalva no Estatuto da Criança e do Adolescente, no que tange o deferimento para a adoção por pares homoafetivos, “o que reforça a integral adequação à Constituição Federal, que, expressamente, traz como objetivo a vedação a qualquer forma de discriminação, o que abrange a discriminação por sexo ou orientação sexual” (MOSCHETTA, 2011, p. 151). Seguindo uma análise dos critérios estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no que diz respeito a adoção, importante frisar que “a elasticidade conceitual da expressão *família substituta* (ECA, art. 28) autoriza a afirmação de que o par homoafetivo pode adotar” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 946). Completam os autores:

Até porque não existe, concretamente, qualquer óbice para uma adoção pelo par homossexual porque a adoção, em toda e qualquer hipótese, está submetida ao *melhor interesse da criança e do adolescente*. Por isso, apresentando reais vantagens para o adotando (art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente), a adoção pode ser deferida a um casal de pessoas do mesmo sexo (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 946).

Na tentativa de formar uma família, casais homoafetivos pleiteavam de modo individual a adoção, posto que a orientação sexual não é fator questionado no momento do deferimento do pedido. Nessa perspectiva, comenta Dias que “assim, não era feito o estudo social com o parceiro, o que tornava a habilitação deficiente e incompleta, deixando de atentar aos prevalentes interesses do adotando” (DIAS, 2013, p. 512). Percebe-se então, que “tem-se a possibilidade de ser conferida a adoção de uma criança ou adolescente a um (a) adotante solteiro que seja homossexual na medida em que o sistema legal não determina, expressamente, que a opção sexual do (a) adotante seja um requisito para a adoção” (GIRARDI, 2005, p. 130).

Farias e Rosenvald também advertem para a possibilidade, prevista pelo próprio Código Civil, de que se ocorra adoção de forma individual por homossexual “sem que isso implique em cerceamento do seu direito à manifestações afetivas e sexuais, presentes e futuras, que, nesse caso, serão com outra pessoa do mesmo sexo” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 948). Nesse sentido, “portanto, a adoção de uma criança ou de um adolescente por uma pessoa homossexual esta possibilitada pela lei brasileira na medida que a opção sexual do adotante não é critério impeditivo da adoção” (GIRARDI, 2005, p. 130). Conclui Moschetta que “a resistência à possibilidade de homoparentalidade por adoção advém de manifesto preconceito, pois não há embasamento jurídico e científico que impeça tal intento” (MOSCHETTA, 2011, p. 157).

A respeito da alternativa utilizada por casais homoafetivos em busca da adoção, comenta Moschetta (2011), que esta está de acordo com Código Civil e que após

adimplementos dos requisitos exigidos pela lei, o candidato à adoção deve receber o mesmo tratamento dispensado a qualquer outro. No entanto, atenta o autor para o fato de que “os direitos da criança ou do adolescente, alicerçados no princípio constitucional da proteção integral, são, de certa forma, ameaçados, porque, falecendo o adotante – solteiro, dificultado está o exercício de direitos para o filho adotivo sobrevivente” (MOSCHETTA, 2011, p. 156). Segundo Dias, também havia consequências negativas para a criança, visto que:

Vivendo em família homoafetiva e possuindo vínculo jurídico com somente um do par, restava absolutamente desamparada com relação ao outro, que também considerava pai ou mãe, mas que não tínhamos deveres decorrentes do poder familiar. O não estabelecimento de uma vinculação **obrigacional** gerava a absoluta **irresponsabilidade** de um dos genitores para com o filho que também era seu. (2013, p. 512, grifo do autor).

Ainda, de acordo com a supramencionada autora, o reconhecimento ao direito de adoção por casais homoafetivos vem sendo admitido aos poucos pela Justiça, realidade que passou a se alterar após o reconhecimento das uniões por pares homoafetivos, pelo Superior Tribunal Federal (DIAS, 2013). De modo detalhado, comenta Silva Júnior:

Fundamenta-se a viabilidade jurídica do deferimento do pedido de adoção, ao casal homossexual, pela adequação do ordenamento à realidade factual, a partir da analogia da convivência homoafetiva com a união estável, o que amplia a eficácia do §3º, art. 226, CF/88 e dos demais dispositivos que o regulam – como muitos (as) juízes (as) e Tribunais do país vêm procedendo, para o reconhecimento de diversos efeitos jurídicos, especialmente após a decisão do Supremo Tribunal Federal na **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ** e na **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277** (de maio de 2011) (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 109-10).

Destarte, a partir do momento em que se tem o reconhecimento pelo Poder Judiciário das uniões homoafetivas, passa-se a ter os mesmos efeitos de qualquer outra união, não podendo ser diferente no que tange o instituto da adoção. Ademais, é através de uma análise de princípios constitucionais que o legislador chega a tal conclusão (FARIAS e ROSENVALD, 2014). À vista disso, “não se ignore, de qualquer forma, que tal conclusão impõe o rompimento do senso comum conservador e preconceituoso que ainda permeia o ordenamento jurídico, gerando uma visão proibitiva da matéria” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 946).

Aos poucos, a jurisprudência pátria caminha no sentido do reconhecimento da adoção por pares homoafetivos. Nesse sentido, destaca-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial. nº 889.852/RS, pelo Ministro Luis Felipe Salomão, em 27 de abril de 2010, a qual conferiu o direito de adoção a um casal homoafetivo:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. (STJ - REsp: 889852 RS 2006/0209137-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/04/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/08/2010) (BRASIL, 2010).

Ressalta-se ainda a decisão do Superior Tribunal Federal, no Recurso Especial nº 846.102/PR, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, de 05 de março de 2015, o qual reconhece como sendo núcleo familiar a união entre casais homoafetivos, assim como mantém a decisão que autorizou um casal homoafetivo a adotar uma criança, conforme segue:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. ADOÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277. ACÓRDÃO RECORRIDO HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Paraná: “APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA TERMINATIVA. QUESTÃO DE MÉRITO E NÃO DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. HABILITAÇÃO DEFERIDA. LIMITAÇÃO QUANTO AO SEXO E À IDADE DOS ADOTANDOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES. INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO. (STF - RE: 846102 PR - PARANÁ, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: DJe-052 18/03/2015) (BRASIL, 2010).

Diante do exposto, pertinente se faz a conclusão trazida por Farias e Rosenvald, segundo os quais “o reconhecimento da possibilidade de adoção pelo par homoafetivo é a única solução que prestigia, com vigor, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da não discriminação e da liberdade” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 947). Silva Júnior, ao comentar as solidificação dos avanços jurisprudenciais, coloca que “com efeito, as decisões de que se têm notícia cumprem uma função social muito relevante, na medida em que aproximam o Direito (a lei, em especial) da realidade fática mutante (essa, sempre à frente do legislador)” (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 184).

3.2 CASAIS HOMOAFETIVOS: A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Os avanços ocorridos na biotecnologia acabaram por refletir no Direito de Família, tornando possível a formação de núcleos familiares até então não vislumbrados. Nas palavras de Dias “até o século passado a paternidade era linear, natural, tinha origem em um ato sexual, seguido da concepção e posterior nascimento. A legislação ainda reproduz este modelo ao não prever todas as formas de desdobramentos das reproduções medicamente assistidas” (DIAS, 2013, p.375).

Em termos conceituais, a reprodução assistida pode ser definida como sendo “o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana” (RIBEIRO, 2002, p. 286). Conforme exposto em capítulo anterior, a reprodução assistida consiste em gênero, do qual derivam as técnicas de inseminação artificial e fertilização ou fecundação *in vitro* – FIV (proveta). Ambos os procedimentos podem ocorrer de forma homóloga ou heteróloga. A inseminação artificial caracteriza-se pela “introdução do espermatozoide masculino diretamente no útero da mulher, ausente o ato sexual.” (MADALENO, 2011, p. 505). Considera o autor a inseminação artificial a mais simples das técnicas disponíveis, posto que necessita de poucos recursos, “onde os espermatozoides do marido (inseminação homóloga) ou de um banco de espermatozoides (inseminação heteróloga) são coletados, selecionados, preparados e transferidos para o colo do útero” (MADALENO, 2011, p. 505).

Na inseminação artificial homóloga, conforme explica Madaleno, se “utiliza o sêmen do próprio marido e o óvulo da mulher, à margem da relação sexual, mas com a ajuda instrumental” (MADALENO, 2011, p. 506). Percebe-se então que “a fertilização assistida homóloga é caracterizada pela intervenção médica, facilitando casais que têm dificuldade em engravidar e levar a gestação a termo. Trabalha-se com o material genético do próprio casal, não gerando maiores dificuldades” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 599). Comenta Lôbo, nesse sentido, que “a manipulação, que permite a fecundação, substitui a concepção natural, havida da cópula. O meio artificial resulta da impossibilidade ou deficiência de gerar de um ou de ambos os cônjuges” (LÔBO, 2011, p. 221-2). Segundo Dias (2013), nesta modalidade não há necessidade de autorização do parceiro.

A inseminação artificial heteróloga, de modo distinto, utiliza material genético de doador que não seja o marido. (MADALENO, 2011) Segundo Lôbo, “a lei não exige que o

marido seja estéril ou, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu.” (LÔBO, 2011, p. 224). Imperioso destacar a necessidade de autorização prévia do cônjuge (não exigindo, contudo, que seja escrita), fato que não é necessário na inseminação artificial homóloga. Pondera Dias que “o fornecedor do sêmen é afastado da paternidade, estabelecendo-se uma filiação legal. É obrigatória a manutenção do sigilo sobre a identidade dos doadores e dos receptores.” (DIAS, 2013, p. 378) Madaleno explica como se dá o procedimento:

O espermatozoide do doador é, de regra, armazenado em banco de sêmen, passando por rotineira verificação de sua qualidade, havendo sigilo sobre a identidade do doador, mas fornecidos os dados respeitantes ao seu porte físico, suas características morfológicas, como o grupo sanguíneo, cor de pele, dos cabelos e dos olhos, cujas informações são cruciais aos donatários (MADALENO, 2011, p. 511).

A técnica de fertilização ou fecundação *in vitro* (FIV), por sua vez, “consiste em permitir o encontro do óvulo com o espermatozóide [sic] fora do organismo da mulher, numa placa de cultura ou num tubo de ensaio” (SILVA, 2002, p. 60). Observação pertinente a respeito da nomenclatura faz Madaleno, enfatizando que “a expressão fecundar está posta no sentido de transmitir uma semente, fertilizá-la, torná-la fecunda, e seu procedimento consiste em reproduzir, com técnicas de laboratório, o processo de fecundação do óvulo [...]” (MADALENO, 2011, p. 514). Em continuidade, explica o procedimento:

Os espermatozoides a serem colocados junto aos óvulos podem pertencer ao marido; ou pertencer a um banco de espermatozoides de doador anônimo. Desta fusão do óvulo com o espermatozóide resulta o embrião, a ser introduzido no útero da mulher submetida à inseminação para tentar o desenvolvimento da gravidez; [...] Na FIV ocorrem duas etapas: uma é a fecundação *in vitro* e a outra é a implementação do embrião no útero da mulher (MADALENO, 2011, p. 514).

O Código Civil de 2002 traz em seus incisos III, IV e V do artigo 1.597, conforme comentado anteriormente, presunções de filiação na constância do casamento relacionadas à manipulação genética. Sendo elas:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (BRASIL, 2002).

Porém, o legislador não se aprofundou no tema, tendo tratado de forma superficial a reprodução assistida, de modo a referenciá-lo apenas em função da filiação presumida.

Nesse sentido, comenta Madaleno que a matéria carece de lei específica, “porque são constantes e dinâmicas as mudanças nessa seara de infindas descobertas no campo da engenharia genética, não comportando sejam reguladas em códigos, cuja característica é justamente a estabilidade das leis [...]” (MADALENO, 2011, p. 505).

Elucidam Farias e Rosenvald que o Código Civil estabelece “nos incisos III e IV do art. 1.597, a incidência da presunção de paternidade em casos de reprodução assistida homóloga – isto é, com material genético do próprio casal” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 602). Tendo em vista ser do interesse do presente trabalho tratar os casos de reprodução assistida utilizadas por casais homoafetivos, dar-se-á enfoque à técnica heteróloga de reprodução, posto que as técnicas elencadas tratam-se de reprodução sexuada, sendo necessários gametas masculinos e femininos. (SALES, 2014) Deste modo, temo que “o inciso V do multicitado art. 1.597 da Codificação de 2002, por seu turno, consagra a incidência da presunção pater is est em uma hipótese de fecundação heteróloga” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 605). De forma aprofundada, explicam que:

O médico trabalhará com sêmen (e/ou óvulo) de terceira pessoa, realizando a fecundação em laboratório para, em seguida, implantar o embrião no corpo da mulher. Por isso, exige-se autorização expressa do marido ou companheiro, de modo a viabilizar a procriação assistida na forma heteróloga. Esta autorização – que tem de ser expressa e escrita. Assim, a criança concebida por reprodução assistida heteróloga, pressuposta a anuência do marido ou companheiro, é, por presunção de lei, filha de quem autorizou o ato (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 599).

Dando continuidade, esclarecem os supramencionado autores que o legislador trouxe a necessidade de autorização do marido nos casos de procriação assistida heteróloga, como forma de impedir que a criança não tenha pai. No entanto, vislumbram a possibilidade de mulheres solteiras ou homossexuais se utilizarem da técnica, sob o critério de filiação socioafetiva:

Registre-se, no entanto, que, em interpretação teleológica, seria razoável admitir a fertilização assistida heteróloga em mulheres não casadas (inclusive homossexuais), se houver anuência expressa de terceiro, reconhecendo, no mesmo ato, a perfilhagem do nascituro. Estar-se-ia diante de típico exemplo de filiação socioafetiva (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p.599).

No que tange a autorização do marido, exigência trazida pelo legislador, necessário que seja feito um paralelo com o que nos traz a Resolução do Conselho Federal de Medicina, pois, frente a escassez legislativa do tema, o mencionado Conselho editou a Resolução 1.358 de 1992, posteriormente revogada pela Resolução 1957 de 15 de dezembro

de 2010, e publicada no Diário Oficial da União, de 06 de janeiro de 2011, sendo este o atual dispositivo normativo médico que dispõe acerca das técnicas de Reprodução Assistida.

A Resolução 1.358/92, por seu turno, dispunha “sobre vários aspectos da reprodução assistida, visando harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica” (SALES, 2014, p. 48). Sales comenta que em seu tópico II discorria a Resolução 1.358/92 que toda mulher capaz poderia se utilizar das técnicas de Reprodução Assistida, deste modo, “permitia que essas técnicas fossem utilizadas em favor de qualquer mulher que pretendesse ter um filho, independente do seu estado civil e da orientação sexual” (SALES, 2014, p. 49). No que tange a capacidade citada pela lei, importante ressaltar ser a capacidade civil plena. (SALES, 2014) Contudo, ao trazer a possibilidade de que toda mulher capaz se beneficie das técnicas de Reprodução Assistida, entende a autora que:

[...] sem fazer qualquer exigência ou menção ao estado civil de casada, permitia o acesso de pares homoafetivos lésbicos a essas técnicas. Nesse sentido, a mulher que vivesse numa união homoafetiva necessitava do consentimento da companheira para proceder à utilização da PMA (SALES, 2014, p. 50).

Conclui assim que, mesmo que de modo indireto, permitiu a referida resolução a possibilidade da dupla maternidade. No entanto, ressalva importante faz com relação ao temo “toda mulher”, posto que esse poderia vir a excluir os homens da possibilidade de reprodução. É nesse sentido que aponta a edição da Resolução nº 1.957 de 2010, pelo Conselho Federal de Medicina. (SALES, 2014) O novo dispositivo, em seu tópico II, passou a ser editado da seguinte forma:

Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente (BRASIL, 2010).

Posto que a resolução não faz menção a exigência do casamento, Farias e Rosenvald, em consonância com o exposto, conclui ser “possível a realização da fertilização heteróloga, também, entre pessoas que vivem em união estável ou em união homoafetiva, não se subsumindo ao casamento” (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 606).

A partir de tal disposição, a nova Resolução do CFM permite que as técnicas de PMA sejam utilizadas por todos aqueles que, sendo capazes e tendo dificuldades em procriar através dos métodos convencionais, desejam concretizar o projeto parental. Nessa perspectiva, podem estar inclusos os pares homossexuais, femininos ou masculinos, e mulheres solteiras (SALES, 2014, p. 51).

A respeito da possibilidade de utilização das supramencionadas técnicas por casais homoafetivos masculinos, comenta a autora que o único procedimento possível é a gestação por substituição. Conforme elucida Dias, “gestação por conta de outrem, maternidade por substituição ou sub-rogação são expressões que nada mais significam do que a conhecida **barriga de aluguel**” (DIAS, 2013, p. 379, grifo do autor). Ainda, de acordo com Madaleno, a técnica possui duas modalidades, a saber:

[...] sendo uma delas considerada *mãe portadora*, porque apenas empresta seu útero, recepcionando os embriões do casal doador e solicitante do empréstimo do útero, ou recepcionando o óvulo de uma doadora anônima, na chamada ovodação, e a *mãe de substituição*, que não só empresta o útero como também pode ceder seus óvulos, sendo inseminada com o esperma do marido da mulher infértil, assumindo o compromisso de dar à luz e entregá-la ao casal que assumirá a filiação, renunciando a mãe genética e gestante aos direitos maternos (MADALENO, 2011, p. 515, grifo do autor).

Por não ser objeto do presente estudo tratar a dupla paternidade, cumpre ressaltar apenas que “a previsão da Resolução não exclui a possibilidade da doação temporária do útero a um casal homossexual masculino” (SALES, 2014, p. 52). Ademais, imperiosa a distinção que nos traz Dias, quanto à utilização das técnicas por casais lésbicos:

Quando a técnica procriativa é utilizada por lésbicas, de forma cada vez mais freqüente, uma gesta o óvulo da companheira que foi fecundado em laboratório. Neste caso, não há falar em gravidez por substituição, mas em dupla maternidade (DIAS, 2013, p. 380).

Comenta ainda que a justiça procede com o registro das mães, porém, seria necessário o nascimento da criança para que fosse deferido o registro das duas mães (DIAS, 2013). Adiante se verá que o Provimento nº 52 da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ), publicado em 15 de março de 2016, alterou o procedimento.

Diante do exposto, percebe-se então que a alteração ocorrida na Resolução do Conselho Federal de Medicina, a qual pôs fim a menção “toda mulher capaz”, substituindo-a por “todas as pessoas capazes”, demonstra a admissão do uso das técnicas por qualquer pessoa, inclusive pares homoafetivos (DIAS, 2013). Em consonância com esse entendimento, comentam Farias e Rosenvald:

Demais de tudo isso, considerando que a jurisprudência superior vem reconhecendo a natureza familiar da união homoafetiva, não há como negar a possibilidade de utilização das técnicas de fertilização artificial heteróloga pelo par homoafetivo. Pensar em sentido contrário é pretender reduzir o princípio da pluralidade de entidades familiares, afrontando a dignidade humana, a igualdade substancial e a liberdade. Trata-se, aliás, de uma situação prática bastante assemelhada à realização de uma adoção pelo casal homoafetivo, já admitida pelo Superior Tribunal de Justiça (2014, p. 608).

Percebe-se que os supramencionados autores referem-se a princípios constitucionais ao comentarem o acesso de pares homoafetivos às técnicas de reprodução assistida. Por conseguinte, necessário que se faça uma análise acerca destes princípios, na medida em que são utilizados para defender o acesso à dupla maternidade.

3.3 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DUPLA MATERNIDADE

Em tópico anterior foi possível vislumbrar as diferentes técnicas reprodutivas disponíveis a casais homoafetivos, assim como a escassez legislativa que envolve o tema, na medida em que ficou a cargo do Conselho Federal de medicina o regramento destas, sendo a Resolução nº 1.957/10 o atual dispositivo normativo médico em vigor.

Contudo, no intuito de se analisar juridicamente a possibilidade da dupla maternidade, imperioso que seja feita a análise de alguns princípios inerentes ao tema, bem como a existência de direitos reprodutivos a que fazem jus esses casais. Nesse seguimento, comenta Sales:

[...] entendemos que há razões jurídicas suficientes para que seja permitida a reprodução humana assistida na união homoafetiva feminina: a existência de direitos reprodutivos, dever de não discriminação e de respeito à diferença, observância aos princípios da igualdade, liberdade, livre manifestação da personalidade e dignidade da pessoa humana. Consequentemente, o reconhecimento jurídico da dupla maternidade torna-se possível (2014, p. 72).

Os direitos sexuais e reprodutivos, nesse contexto, devem ser vistos a luz dos direitos humanos, na medida em que este implicou de forma direta a evolução histórica daqueles (MOSCHETTA, 2011). O principal documento de proteção dos Direitos Humanos é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ocorrida na Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, tida como uma reação às barbáries e violações ocorridas durante o regime nazista na Segunda Guerra Mundial (GIRDARDI, 2005). Explica Moschetta que a Declaração traz a previsão dos direitos a que fazem jus todos os seres humanos, no entanto “iniciou um processo de especificação dos sujeitos de direitos, entre os quais se inclui a mulher e, a partir daí, os direitos sexuais e os direitos reprodutivos” (MOCHETTA, 2011, p. 75). Nesse seguimento, ao comentar os direitos reprodutivos, elucida Ventura:

O primeiro e mais importante aspecto da definição dos Direitos Reprodutivos é que são direitos humanos. Os direitos humanos correspondem àqueles que devem ser

garantidos a todos os seres humanos, independente de sexo, raça, origem ou qualquer outra condição (2009, p. 35).

O termo foi desenvolvido por meio de dois movimentos, quais sejam o populacional e o das mulheres. O primeiro objetivando a redução da natalidade e o segundo pleiteando que tais direitos constassem na normativa internacional (MOSCHETTA, 2011). Para Ventura, “o reconhecimento da natureza dos Direitos Reprodutivos como direitos humanos é fundamental para a reconstrução dos direitos e obrigações, que envolvem o exercício das funções reprodutivas e da sexualidade” (VENTURA, 2009, p. 35).

Contudo, ressalva importante se faz quanto à diferenciação de conteúdo do direito reprodutivo do direito sexual, ainda que se aspire sua evolução simultânea (MOSCHETTA, 2011). Segundo a autora:

Aqueles pretendiam desconstruir a maternidade como único meio ou fim de realização da mulher casada e introduzir no debate internacional situações como o aborto e os métodos anticoncepcionais, já estes intentavam trazer em pauta a liberdade sexual e a busca do prazer, desvinculados da necessidade de reprodução, com a devida proteção legal (2011, p. 78).

Ainda de acordo com a supramencionada autora, enquanto os direitos reprodutivos foram introduzidos aos documentos internacionais, a defesa dos direitos sexuais no âmbito internacional permaneceu estagnada. Atribuindo como causa o fato de que se abordar maternidade ainda é mais fácil do que discutir sexualidade, na medida em que o tema envolve muito preconceito (MOSCHETTA, 2011).

Diante dessa constatação, possível verificar que o tema torna-se ainda mais difícil de ser abordado quando se trata do exercício do direito à maternidade por mulheres homossexuais. A fim de se analisar a dupla maternidade, tomar-se-á como base a linha argumentativa trazida por Ana Amélia Ribeiro Sales, segundo a qual é feita uma abordagem do tema através dos princípios fundamentais presentes na Carta Magna, sendo expostos os seguintes princípios como base na defesa do referido direito: a) Princípio da igualdade, não discriminação e direito à diferença; b) Princípio da liberdade e livre desenvolvimento da personalidade; c) Planejamento familiar e pluralidade; d) Princípio da paternidade (parentalidade) responsável; e) Princípio do melhor interesse da criança; f) Princípio da proteção da família; g) Princípio da dignidade da pessoa humana (SALES, 2014). Salienta-se a escolha dos princípios na abordagem da matéria em questão:

Cabe ressaltar que os princípios têm adquirido uma importância cada vez maior dentro do ordenamento jurídico atual, sobretudo, em matérias que envolvem o desenvolvimento técnico-científico, como a reprodução medicamente assistida,

porque a legislação não consegue acompanhar a rápida evolução das transformações sociais e científicas (SALES, 2014, p. 73).

Imperioso que seja feita uma breve apreciação acerca do conceito de princípios, que, segundo Silva, “são ordenações que irradiam e imantam o sistema de normas” (SILVA, 2012, p. 93-4). O referido autor diferencia, deste modo, princípios de normas, e as define como sendo:

[...] preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar a prestação, ação ou abstenção em favor de outrem (SILVA, 2012, p. 43).

Comenta ainda que parte da doutrina entende serem as regras e princípios espécies de norma (SILVA, 2012, p. 94). Este é o posicionamento de Canotilho, segundo o qual, nossa Constituição é formada por normas que, por sua vez, dividem-se em regras e princípios. O grau de abstração é o que diferencia os dois elementos, na medida em que os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado, enquanto as regras têm sua abstração reduzida (CANOTILHO, 1993).

Alexy divide as normas de direito fundamental em regras e princípios, elucidando que “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandados de otimização enquanto que as regras têm o caráter de mandados definitivos” (ALEXY, 1997, p. 162)¹. No que tange o âmbito de aplicação dos princípios, menciona o autor ser necessário verificar as possibilidades fáticas e jurídicas:

E como mandados de otimização os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a medida da sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas mas também das jurídicas, que estão determinadas não apenas por regras, mas também por princípios opostos (ALEXY, 1997, p. 162)².

A dupla maternidade já pode ser verificada através do plano fático, posto que casais homoafetivos já recorrem às técnicas de reprodução assistida, possibilitando que ocorram situações em que a mesma criança possua duas mães. No que concerne a possibilidade jurídica, resta observar os princípios elencados anteriormente (SALES, 2014).

¹ Tradução livre do trecho: El punto decisivo para la distinción entre reglas e principios es que los principios son *mandados de optimización* mientras que las reglas tienen el carácter de *mandados definitivos*.

² Tradução livre do trecho: En tanto mandados de optimización, los principios son normas que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fáticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no solo de las posibilidades fáticas sino jurídicas, que están determinadas no solo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos.

Dando sequência à linha de abordagem traçada pela supracitada autora, passa-se à análise do Princípio da igualdade, não discriminação e direito à diferença. O Direito à igualdade está expresso na Constituição no artigo 5º, caput, bem como figurando no artigo 3º, IV como objetivo fundamental do Estado (SALES, 2014). Deste modo, tem-se que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 1988).

Imprescindível que se faça, contudo, uma distinção acerca da igualdade formal e material, momento em que utilizamos da interpretação de Sarlet, o qual compreende os direitos fundamentais como:

Todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto constitucional e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal [...] (SARLET, 1998, p. 80).

Tem-se então que o direito à igualdade, no nosso ordenamento, é compreendido através de duas dimensões: a “igualdade perante a lei” e a “igualdade na lei”, ou “igualdade formal” e “igualdade material” (RIOS, 2001). Na esteira deste raciocínio, a igualdade proposta pelos artigos em análise, trata-se de igualdade formal, pois não leva em consideração questões de cunho pessoal. De modo sucinto, tem-se que a dimensão formal “objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, por intermédio da aplicação da mesma lei a todos, vale dizer mediante a universalização das normas jurídicas em face de todos os sujeitos de direito” (RIOS, 2001, p. 70). Em consonância, Girardi esclarece que essa igualdade “resulta da perspectiva política do Estado de Direito que é fundado na lei, no sentido da lei igual para todos” (GIRARDI, 2005, p. 74).

A igualdade material, por seu turno, ou “igualdade na lei”, “exige a igualdade de tratamento pelo direito vigente dos casos iguais, bem como a diferenciação no regime normativo em face de hipóteses distintas.” (RIOS, 2001, p. 74) O tratamento desigual apenas torna-se possível se justificável:

Desta maneira formuladas, a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual distanciam-se na medida em que a desigualdade de tratamento exige uma fundamentação para se impor, ao passo que o mandato de igualdade de tratamento se

satisfaz com a simples inexistência de uma fundamentação que permita uma diferenciação. Em princípio, portanto, está exigido um tratamento igual, sendo permitido um tratamento desigual se e somente se for possível justificá-lo (RIOS, 2001, p. 77).

Sales defende uma análise específica da igualdade, em detrimento da análise geral da igualdade, entendendo que ser “necessária a exaltação de direitos de igualdade específicos para que se possa dar a devida aplicabilidade ao princípio geral da igualdade” (SALES, 2014, p. 75). Elucida que o direito à igualdade deve ser analisado levando-se em consideração o direito à diferença. De modo que, exigir um tratamento igual a todas as pessoas resultaria numa afronta à dignidade humana. Conforme expõe, “o direito à diferença está associado ao direito de cada indivíduo ter suas particularidades respeitadas por imposição da dignidade humana” (SALES, 2014, p. 76). Nesse sentido, comenta Girardi a proibição de discriminação com base na orientação sexual do indivíduo:

O Estado Democrático de direito material implica o respeito e a garantia de realização dos direitos fundamentais para todos os cidadãos individualmente considerados, e na questão atinente aos homossexuais implica, além da possibilidade do reconhecimento dessa identidade sexual, na proibição de discriminação ou de tratamento diferenciado oriunda única e exclusivamente da identidade, ou da orientação sexual das pessoas (2005, p. 79).

Conclui Moschetta, que a discriminação, tendo como base a orientação sexual, fere a Constituição, de modo a ofender a dignidade humana, posto que tal tratamento não seria justificável (MOSCHETTA, 2011). Completa a autora:

Sendo assim, a homoafetividade, protegida pelo manto do princípio da igualdade, não pode receber tratamento diferenciado daqueles, destinados aos heteroafetivos, fundamentado unicamente na orientação sexual. Da mesma forma, a questão não pode ser vista por outro prisma, senão o isonômico, quando pares homoafetivos que desejam o exercício da parentalidade, atendido o melhor interesse da criança ou adolescente, buscam o estabelecimento de vínculos paterno-materno-filiais na maternidade/paternidade que, no caso, se concretiza por meio da adoção ou reprodução humana assistida (MOSCHETTA, 2011, p. 121-2).

Sales, em consonância, defende a abordagem trazida por Alexy, o qual comenta ser necessário que se leve em conta as “características substanciais” do caso em análise (ALEXY *apud* SALES, 2014). Deste modo, afirma que as diferenças podem subsistir, no entanto não podendo dar origem à discriminações. Ao analisar as relações homoafetivas, o intérprete deve ater-se ao “substancialmente igual” que neste é o critério afetivo, comum a todas as relações (SALES, 2014). Em consonância com esse raciocínio, comenta Moschetta que “a orientação sexual não afronta a ordem constitucional e o exercício da parentalidade, pois são amparados por princípios constitucionais que, diante de fatos sociais, possuem força

normativa, vale dizer, a igualdade” (MOSCHETTA, 2011, p. 120). Através desta perspectiva do princípio da igualdade, o acesso às técnicas de reprodução assistida deve ser garantido à casais homoafetivos. Diante do exposto, conclui Sales que:

Sob essa perspectiva, o princípio da igualdade autoriza que as técnicas de PMA³ sejam colocadas à disposição de casais com identidade de sexo. Isso implica necessariamente em dizer que tanto homoafetivos femininos quanto pares homoafetivos masculinos possam ser beneficiários de tais técnicas (SALES, 2014, p. 78).

Passa-se então ao exame do Princípio da Liberdade e Livre Desenvolvimento da Personalidade. Segundo Dias, “a liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, de modo a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana” (DIAS, 2013, p. 66). Destaca a autora que cabe ao direito limitar as liberdades visando garantir a liberdade individual, tarefa que, num primeiro momento, nos parece contraditória, porém constata que “só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade” (DIAS, 2013, p. 66).

Importante ressaltar a distinção entre liberdade negativa e liberdade positiva, trazida por Bobbio, que seriam respectivamente a ausência ou presença de algo. Segundo o autor, liberdade negativa é a ausência de impedimento, uma “situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir, sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos” (BOBBIO, 2002, p. 48). Essa espécie de liberdade abrange “tanto a ausência de impedimento, ou seja, a possibilidade de fazer, quanto a ausência de constrangimento, ou seja, a possibilidade de não fazer” (BOBBIO, 2002, p. 49). A liberdade positiva, por sua vez, deve ser entendida como “a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer dos outros. Essa forma de liberdade é também chamada de autodeterminação ou, ainda mais propriamente, de autonomia” (BOBBIO, 2002, p. 51).

Em análise aos direitos específicos de liberdade, assim como feito no direito à igualdade, Sales dá preferência pela análise do Direito à liberdade de constituir família e da liberdade no desenvolvimento da personalidade. Destaca que, em relação a liberdade no desenvolvimento da personalidade, não há previsão expressa na nossa Constituição, sendo possível uma dedução em decorrência do direito à liberdade geral e à dignidade da pessoa humana (SALES, 2014). Para Gomes:

³ Produção Medicamente Assistida.

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos. Destinam a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana (1974, p. 168).

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser visto como cláusula geral de tutela da personalidade no nosso ordenamento, posto que há extrema dificuldade em “conseguir abarcar no texto legal quer constitucional, quer infraconstitucional, todas as possíveis formas de projeção e tutela dos direitos de personalidade [...]” (GIRARDI, 2005, p. 55). Diante dessa constatação, elucida a autora que:

[...] revela-se extremamente importante e particularmente útil, no nosso ordenamento legal, a possibilidade de se dar ao princípio da dignidade da pessoa humana a característica e interpretação de cláusula geral da personalidade, na medida em que dessa interpretação decorre a possibilidade de proteção estatal e, portanto, jurídica, de toda e qualquer situação real que viole ou ameace violar os múltiplos direitos decorrentes da personalidade humana, tidos, por isso, como direitos personalíssimos (GIRARDI, 2005, p. 55).

O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade pode ser visto ainda através de três dimensões: formação da personalidade; liberdade de ação de acordo com o projeto de vida de cada indivíduo, abrangendo liberdade de orientação sexual e liberdade de não ter filhos; proteção à integridade da pessoa humana (SALES, 2014, p. 82).

Diante dessas dimensões, relaciona-se à filiação ao engrandecimento da personalidade humana, de modo que à parentalidade, por sua vez, caracteriza-se como direito subjetivo (CHAVES *apud* SALES, 2014). Isto posto, conclui a autora que:

Consequentemente, o direito à parentalidade deve ser concedido também aos homossexuais que queiram se realizar com a progeneritura. Entretanto, tendo em conta que esses casais são naturalmente inférteis (não podem procriar através do sexo), deve-lhes ser concedida a possibilidade de adoção e também o acesso às técnicas de PMA, não podendo o Estado causar obstáculos infundados a tal realização pessoal, sob pena de ferir o princípio do livre desenvolvimento da personalidade (CHAVES *apud* SALES, 2014, p. 83).

A liberdade de constituição familiar aparece então como direito relacionado, visto que “em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual” (DIAS, 2013, p. 67). Consiste ainda na “liberdade de formar família, por meios formais (casamento) ou informais (união estável), pôr fim à sua existência, pelas respectivas maneiras formais (divórcio) ou informais (separação de fato) e formar novamente uma nova família [...]” (SALES, 2014, p. 83).

Em continuidade, passa-se então a abordar o terceiro tópico proposto por Sales: Planejamento Familiar e a Pluralidade. Pluralidade é tópico que já foi bastante discutido em

capítulo anterior cabendo, por ora, apenas lembrar tratar-se de característica da família contemporânea, sendo a afetividade o elemento identificador destas. Deste modo, acerca dos princípios destacados, tem-se que “o reconhecimento da pluralidade das entidades familiares é reflexo da aplicação do princípio da liberdade nas suas vertentes do direito à diferença e da livre manifestação da personalidade, às relações de família” (SALES, 2014, p. 89).

O Planejamento Familiar é tido como reflexo do direito à liberdade, “vem para permitir a existência da pluralidade das entidades familiares vedando interferências coercitivas na escolha do indivíduo em constituir família” (SALES, 2014, p. 89). Segundo Dias, o respeito ao planejamento familiar atende ao princípio da igualdade, “sendo vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. É limitada a interferência do Estado, que deve propiciar os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito” (DIAS, 2013, p. 68). O tema é tratado na Constituição Federal de 1988, no artigo 226, §7º, segundo o qual:

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

O Código Civil de 2002 também aborda a temática em seu artigo 1.565, § 2º, dispondo que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas” (BRASIL, 2002). A Lei 9.263 de 1996 traz a regulamentação do § 7º do artigo 226 da Constituição, definindo em seu artigo 2º o planejamento familiar como sendo “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (BRASIL, 1996). Ao comentar a redação dada pelo legislador, comenta Ventura que:

A definição legal é satisfatória e se harmoniza com a definição internacional. Refere-se a um conjunto de ações, não se restringindo à contracepção, enfatiza a igualdade de direitos entre homem e mulher, e garante o acesso às ações de saúde separadamente à mulher, ao homem e ao casal, evitando legitimar o exercício e cuidados relacionados à sexualidade e reprodução somente no âmbito da família tradicional. (2009, p. 91)

Em consonância, comenta Sales que ao adotar a expressão “à mulher, ao homem ou ao casal”, pode-se entender que a referida lei permite o uso das técnicas de reprodução

assistida por pares homoafetivos (SALES, 2014). Menciona ainda a necessidade de uma dupla forma de agir do Estado, negativa e positiva: “negativa no sentido de não poder intervir criando obstáculos para o exercício do livre planejamento familiar; positiva no sentido de criar mecanismos para o planejamento livre e consciente escolhido seja concretizado” (SALES, 2014, p. 90). Contudo, ressalta haver limites impostos pela própria legislação no que tange ao exercício desse direito, sendo este “condicionado à observação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança” (SALES, 2014, p. 91).

Necessário que seja tratado, deste modo, o Princípio da Paternidade (Parentalidade) Responsável. Podendo ser observado no artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal de 1988, sendo um fundamento que deve ser observado ao se exercer o direito ao livre planejamento familiar.

O Direito à Parentalidade Responsável é visto como limite e consequência decorrentes do direito ao livre planejamento familiar, posto que deve ser observado antes e posteriormente à concepção do filho (SALES, 2014). Nesse sentido:

Constitui um limite ao direito de livre exercício do planejamento familiar na medida em que, antes da concretização do projeto parental, os futuros pais devem aferir se têm condições de cumprir todas as responsabilidades para com os filhos; e, ao mesmo tempo, é uma consequência porque uma vez configurado o vínculo filial, configurada também estão as responsabilidades dos pais perante o filho, podendo dar origem, inclusive, a demandas judiciais para cumprimento desses deveres (SALES, 2014, p. 93).

Para Moschetta, o direito de gerar está intimamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que exercer o projeto parental “é permitido pelo ordenamento que assegura o direito à parentalidade, por ele integrar o ordenamento e mais: por ser a pessoa o centro das preocupações jurídicas” (MOSCHETTA, 2014, p. 143). Em consonância, Girardi comenta tratar-se de direito subjetivo, sendo essencial à realização da personalidade humana (GIRARDI, 2005). Deste modo, coloca a autora que tais direitos caracterizam-se pela possibilidade de se exigir um dado comportamento de outrem, de acordo com o que a lei garante:

Consideramos, portanto, como uma faculdade de agir – *fazer agendi* – enquanto o direito objetivo é tido como a norma de ação - *norma agendi*. *Facultas agendi* é entendida como um aspecto derivado do direito subjetivo, que não tem vida própria e o sucede logicamente, podendo deixar de ser exercida sem afetar a existência do direito. A faculdade de agir – *facultas agendi* – é parte componente do direito subjetivo que o coloca em exercício, mas quando inerte e não exercida em nada o afeta ou restringe o direito do qual decorre (GIRARDI, 2005, p. 93).

Explica ainda que como direito subjetivo, é dotado de eficácia *erga omnes*, podendo ser oponível pelo titular a qualquer pessoa, classificando-se em: “a) direitos individuais do homem, b) os direitos de família e c) os direitos reais. Dessa forma, entende-se que o direito subjetivo à paternidade decorre e situa-se no âmbito dos direitos da personalidade humana espalhando-se para o âmbito do direito de família [...]” (GIRARDI, 2005, p. 94).

Através dessa abordagem dos direitos de família como direitos subjetivos e, diante do fato de a filiação poder proporcionar o enriquecimento da personalidade humana, defende a supramencionada autora “o direito subjetivo de os homossexuais realizarem-se como pais, tendo a possibilidade da adoção de crianças ou adolescentes” (GIRARDI, 2005, p. 96). Em consonância com tal posicionamento, tem-se que “o direito à maternidade, também como um direito subjetivo e ínsito à personalidade da mulher, insere-se no âmbito do planejamento familiar” (MOSCHETTA, 2011, p. 144).

Ademais, a previsão constitucional dos direitos e deveres inerentes ao direito de parentalidade não impede o exercício desses direitos por casais lésbicos (SALES, 2014). Na medida em que “não é a orientação sexual que define se a pessoa tem ou não capacidade para exercer a parentalidade, mas sim a sua personalidade” (SALES, 2014, p. 95).

Deste modo, seguindo a abordagem proposta, passa-se a tratar do Princípio do melhor interesse da criança, quem encontra seu fundamento no artigo 227 da Constituição de 1988, bem como nos artigos 3º, 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Comenta Sales ter havido uma inversão no eixo familiar, de modo que os filhos, antes subordinados aos pais, passaram a ser vistos como sujeitos de direitos. Nesse sentido, elucida Girardi:

Com os auspícios da família contemporânea de característica plural, fundada na plena igualdade entre os membros, diárquica quanto à sua direção, ao contrário do modelo anterior que tinha na figura do pai e marido o chefe absoluto da sociedade conjugal, e eudemonista porque seus membros possuem um direito moral à felicidade, surge um novo personagem com voz e fala nesse cenário qual seja: o filho, a criança, o adolescente, a pessoa ainda em desenvolvimento (GIRARDI, 2005, p. 99).

Contudo, o conceito do Princípio de melhor interesse da criança ainda carece de determinação, frente à dificuldade de haver uma norma que caiba a todos os casos concretos (SALES, 2014).

Rios, em exame à adoção por casais homoafetivos, estuda o princípio em questão levando em consideração a existência de possível colisão com o Princípio da igualdade.

Segundo o autor, “o princípio da igualdade exige que homossexuais e heterossexuais tenham avaliadas, objetivamente, as condições que oferecem para propiciar o melhor desenvolvimento possível para a personalidade da criança” (RIOS, 2001, p. 140). De modo que, não poderia haver uma análise isolada em função da orientação sexual de quem está pleiteando a adoção, posto que o princípio da igualdade enseja igual tratamento diante de situações semelhantes, onde as diferenças encontradas não justificam tratamento diverso. Conclui que:

[...] a proibição de adoção fundada exclusivamente na homossexualidade revela ausência de fundamentação racional suficiente para a imposição de um critério discriminatório, proceder que afronta, gravemente, o princípio constitucional da igualdade (RIOS, 2001, p. 140).

Respeitar o princípio do melhor interesse da criança é, antes de conferir a possibilidade de adoção ou utilização de técnicas de reprodução assistida em favor de casal homoafetivo, observar primeiramente se o interesse da futura criança será protegido (SALES, 2014). Visto que “a orientação sexual dos pais não interfere no atendimento dos melhores interesses da criança” (SALES, 2014, p. 97). Constata a autora que:

Nesse sentido, sendo que os homossexuais são, abstratamente considerados, tão capazes quanto os heterossexuais de assegurar um ambiente familiar saudável, estruturado no afeto, carinho, respeito, solidariedade e confiança, a eles também deve ser assegurado o direito à parentalidade, seja através da PMA, seja através da adoção. Essa capacidade de assegurar um ambiente familiar saudável varia não de acordo com o gênero familiar, homossexual ou heterossexual, mas sim de acordo com cada casal concretamente considerado, pois, repita-se, é uma capacidade relacionada com a personalidade da pessoa e as suas características subjetivas, afora orientação sexual (SALES, 2014, p. 99).

O Princípio da Proteção da Família, por seu turno, possui previsão no artigo 226 da Constituição Federal, segundo o qual “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988). Perlingieri vislumbra a família através de uma ótica de formação social, de modo que é merecedora de proteção Constitucional por ser o local de formação da pessoa humana. Segundo ele:

A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas, que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida (PERLINGIERI, 2002, p. 243).

Conforme destacado em capítulo anterior, a família é instituto que sofreu inúmeras modificações, de modo que se passou a priorizar os interesses dos membros que a compõe em detrimento de valores até então institucionalizados. Leciona Tepedino que a preocupação central, no que concerne a família contemporânea, deve ser com “a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo; em particular, aquelas que disciplinam o Direito de Família” (TEPEDINO, 1999, p. 326).

Nesse sentido, “a entidade familiar rompe seus paradigmas e passa de fim em si mesmo, em que não se questionavam as razões de ser, para ser meio de valorização e potencialidade de seus integrantes, maximizada a dignidade de cada ser, pois, sem família, não há sociedade [...]” (MOSCHETTA, 2011, p. 39). Nessa perspectiva, conclui Sales que:

Sendo a família uma instituição mutável em razão da evolução humana, o acesso às técnicas de PMA por casais homoafetivos não vem ferir o princípio de proteção da família, mas se fundamenta neste para a sua concretização (SALES, 2014, p. 105).

De acordo com o conceito plural de família, tem-se que as uniões homoafetivas merecem o mesmo tratamento legal conferido a outras entidades familiares, incluindo-se, portanto, o direito à parentalidade. Deste modo, essa proteção destinada à família deverá, por força deste princípio, adequar-se às diferenças que compõe cada núcleo familiar (SALES, 2014). É diante dessa perspectiva que a autora entende pelo direito de acesso à técnicas de reprodução assistida por pares homoafetivos:

Assim, o princípio de proteção da família abrange também as uniões homoafetivas, amparando, inclusive, o direito dessas exercerem a liberdade de procriar, constituindo uma prole biológica, através das técnicas de PMA, ou afetiva, através da adoção. O princípio de proteção da família constitui mais um dos fundamentos principiológicos que respaldam a possibilidade do reconhecimento do direito dos pares homossexuais à parentalidade (SALES, 2014, p. 107).

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por fim, possui real importância para o estudo em questão, posto tratar-se de princípio que fundamenta o Estado Democrático de Direito, possuindo previsão no artigo 1º, inciso III da Lei Maior. Assim, temos que “a preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional” (DIAS, 2013, p. 65). De acordo com Zulmar Fachin, trata-se de valor presente, seja de forma expressa ou implícita, em toda a Carta Magna, constituindo valor nuclear de nosso ordenamento (FACHIN, 2015, p. 207).

No ensina Sales que, “a idéia de dignidade confere à pessoa o direito de ser senhor do seu próprio destino, de manifestar o seu ser e concretizar as suas escolhas de vida” (SALES, 2014, p. 108). Por consequência, “a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, estampado na Carta Constitucional brasileira, confere a cada cidadão o poder de autodeterminar o que parece essencial à realização plena da sua personalidade” (GIRARDI, 2005, p 52). Diante dessa perspectiva, pertinente se faz a explanação trazida por Rios, que vai ao encontro da interpretação Kantiana:

O princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial a idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal. O ser humano, em virtude de sua dignidade, não pode ser visto como meio para a realização de outros fins (RIOS, 2001, p. 89).

Entende-se que tal princípio não pode ser visto de maneira uniforme, sendo conceito de permanente construção, abarcando “inúmeras acepções, sendo um ponto central que se relaciona com tantos outros princípios e valores, dentre eles, o direito à vida, à integridade física e psíquica, a liberdade e autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais” (SALES, 2014, p. 108). Em concordância, afirma Dias tratar-se do princípio mais universal de todos, do qual irradiam os demais (DIAS, 2013). Girardi, por seu turno, coloca que “os direitos fundamentais esculpidos na Carta Constitucional, tais como os direitos de liberdade e igualdade, têm uma correspondência direta e imediata com a realização do princípio da dignidade da pessoa humana” (GIRARDI, 2005, p 51). É diante dessa perspectiva que conclui Sales pelo acesso de casais homoafetivos às técnicas de reprodução assistida:

Tendo em conta essa acepção, pode-se afirmar que toca à esfera da dignidade da pessoa humana – correlacionada às idéias [sic] de igualdade e liberdade (constituir família, de procriar, da livre manifestação da personalidade) – o acesso dos casais homoafetivos às técnicas de PMA. Se a constituição de uma filiação biológica é um anseio derivado da personalidade da pessoa homossexual, reflete-se neste ponto um aspecto de sua dignidade, que deve ser respeitada e *promovida* pelo Estado (SALES, 2014, p. 108).

Através dessa ótica inclusiva, levando-se em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana “irradiando na concretização dos direitos constitucionais fundamentais, que os homossexuais e os pares homossexuais estão encontrando, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, o respeito à diferença com base na efetivação, primeiro, do princípio da igualdade” (GIRARDI, 2005, p 52). Isso se deve ao fato de tal princípio apresentar-se “como limite da ingerência do Estado na esfera privada, de autonomia e

liberdade de cada indivíduo. O Estado deve preservar e promover a dignidade da pessoa humana não podendo permitir ou causar violações à dignidade de cada um ou de todos os seres humanos” (SALES, 2014, p. 110). Assim, “sob esse matiz de promoção e efetivação das capacidades e atributos humanos, a norma constitucional se propõe a viabilizar a plena realização das mais diversas necessidades do ser humano” (GIRARDI, 2005, p 50).

Permitir que casais homoafetivos tenham acesso às técnicas de reprodução assistida significa, deste modo, respeitar o princípio basilar da Constituição. Posto que a impossibilidade do acesso:

[...] consiste numa violação à dignidade desse segmento social, que muitas vezes é acobertada pela lei – a exigência legal da diversidade de sexos para o acesso as técnicas de PMA, bem como a ausência de lei que assegure o acesso dos pares homoafetivos a tais técnicas, mitigam a dignidade pessoal de cada homossexual que busca exercer a sua liberdade individual e a concretização do seu direito de constituir família, procriar e ser feliz a sua maneira (SALES, 2014, p. 110).

3.4 O RECONHECIMENTO DA DUPLA MATERNIDADE PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PROVIMENTO Nº 52 DO CNJ

Em que pese a omissão legislativa no que tange a regulamentação do tema, inegável, diante de todo o exposto, tratem-se de técnicas utilizadas cada vez mais por casais homoafetivos, em busca de satisfação de seu plano familiar. À vista disso, muitas são as demandas que chegam ao judiciário, ao qual cumpre o papel do reconhecimento pela dupla maternidade, objeto do presente estudo. Deste modo, destacamos alguns casos onde houve o reconhecimento da dupla maternidade de crianças geradas através de reprodução assistida em favor de famílias homoafetivas femininas.

Em 2008, no Rio Grande do Sul, a 8ª Câmara Civil da Comarca de Porto Alegre julgou o processo de número 10802177836. Tratava-se de um casal de mulheres que deu origem a duas crianças gêmeas, utilizando-se das técnicas de reprodução assistida. Uma delas engravidou utilizando-se de espermatozoides de doador anônimo, tendo a outra participado de todo o processo, bem como, inclusive, arcado com as despesas deste. Entretanto, no momento de solicitação do duplo registro de maternidade, obtiveram recusa por parte do oficial de registros, tendo a criança sido registrada apenas com o nome da parturiente. Este fato culminou então, em ação solicitando a declaração de união estável do casal, assim como a alteração de registro de nascimento da criança, visando constar o nome das duas mães. O

casal teve seu pedido procedente pelo juiz, sendo esta a primeira sentença em favor da dupla maternidade. Do julgado extrai-se:

Ora, se é admissível a adoção por pessoas com essa orientação sexual, não vejo motivos para que não se admita no presente caso o reconhecimento da maternidade/filiação socioafetiva ou sociológica, com a conseqüente alteração registral pretendida, independentemente do cumprimento das formalidades da adoção, cujo demorado procedimento certamente levaria ao mesmo resultado. (Proc. 10802177836, Juiz de Direito Cairo Roberto Rodrigues Madruga, j. 12/12/ 2008). (BRASIL, 2008)

Ao longo dos anos a incidência de decisões confirmando a dupla maternidade tem sido cada vez mais frequente, espalhando-se pela jurisprudência nacional.

Em 2013, no Estado do Piauí, foi julgado processo referente a pedido de providências, sob o número 0001313-38.2013.8.18.0139, de Relatoria do Desembargador Francisco Antônio Paes Landim Filho, por meio do qual um casal de mulheres pleiteava que o cartório procedesse com o registro de dupla maternidade na certidão da criança, sendo esta proveniente de reprodução assistida. Fundamentavam seu pedido no fato de uma delas ter gestado, bem como a outra fornecido o óvulo através do qual foi concebida a criança, constando apenas o nome da primeira na certidão. A sentença julgou procedente o pedido administrativo requerido, determinando que o Cartório procedesse com o registro do nome da mãe doadora do óvulo. Da decisão extrai-se:

A dupla maternidade é simples consequência do reconhecimento de filiação segundo dois critérios consagrados pelo direito positivo, a saber, o biológico e o sócio-afetivo, cada qual determinado como mãe uma das duas companheiras que figuram como membros da união estável homoafetiva. (TJPI, Pedido de Providências nº 0001313-38.2013.8.18.0139, Rel. Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, j. 19.12.2013) (BRASIL, 2013).

Em 2014, no Estado de São Paulo, a 2ª Vara de Registros Públicos julgou o processo nº 0070161-75.2013.8.26.0100, de Relatoria do Juiz de Direito Marcelo Benacchio, referente à averbação de reconhecimento de filiação realizada por mulher que vive em união estável homoafetiva com a mãe biológica cuja gestação decorreu de inseminação artificial heteróloga com sêmen de doador anônimo. Ainda que a outra mãe não fosse doadora genética, tampouco tivesse gerido a criança, obteve o reconhecimento de seu direito ao registro do filho. Segundo o magistrado, tal fato não afastaria o direito em questão, posto que:

[...] tal situação não afasta a necessidade de cuidadosa análise do caso, para que se possa traçar a possibilidade de deferimento do pedido nesta via registrária, com a averbação nos assentos de nascimentos na forma almejada. Até o momento não há previsão de regra de direito específica a tanto, competindo a aplicação de princípios

enquanto espécies de normas jurídicas. A situação de biodireito humano posta não é passível de uma solução por meio da projeção futura do passado, os Códigos Civis são pensados por meio desse elemento cultural o futuro estaria no passado. (TJSP, Proc. nº 0070161-75.2013.8.26.0100, 2ª Vara de Registros Públicos, Rel. Juiz de Direito Marcelo Benacchio, p. 20/02/2014) (BRASIL, 2014)

Em 2015, no Estado de Santa Catarina, município de Itajaí, foi julgado o processo nº 0304506-13.2014.8.24.0033, referente a Ação declaratória de Dupla maternidade, pelo Juiz de Direito Ademir Wolff. As autoras alegavam conviver em união estável desde 2010, de forma pública e contínua, de modo que formalizaram a união homoafetiva em 2013. Com o intuito de constituir uma família, procederam com fertilização *in vitro*, onde os óvulos de uma delas foi fecundado por sêmen de um doador anônimo e implantados no útero da outra, sendo esta última responsável pela gestação. Porém, após o nascimento da criança, ambas dirigiram-se ao Cartório de Registro Civil, sendo-lhes permitido somente registrar o infante em nome da mãe gestacional, restando pendente a declaração de que a outra também é mãe. O pedido foi julgado procedente pelo supramencionado juiz, sendo determinada a expedição do mandado de averbação ao Cartório de Registro Civil para incluir o nome da segunda mãe ao registro de nascimento do filho. Em sua decisão, alegou o magistrado:

É inegável, portanto, o reconhecimento do referido direito, uma vez que se trata de um reflexo da situação em que o ordenamento jurídico passou a admitir as relações homoafetivas, a pluralidade dos modelos de família e a adoção de crianças por casais homoafetivos. Em outro norte, todo ser humano é dotado do preceito de dignidade humana, sendo este, inclusive, o princípio máximo do estado democrático de direito, o qual está elencado no rol de direitos fundamentais da Lei Fundamental da República [...] (SC, Autos nº 0304506-13.2014.8.24.0033, Juiz de Direito Ademir Wolff, j. 01/12/2015) (BRASIL, 2015)

Observa-se então que, caso os casais desejassem haver filhos através das técnicas de reprodução assistida, necessitavam recorrer ao judiciário para obter o duplo registro da maternidade, posto que, os cartórios registravam a criança apenas no nome da mãe que a gerou. Ainda que a outra mãe houvesse doado seu material genético (óvulo), só teria seu nome incluído na certidão do filho após decisão judicial procedente.

Contudo, grande avanço operou-se no tema em questão, dado a edição do Provimento nº 52 da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ), publicado em 15 de março de 2016, que veio a alterar o procedimento. Em seu artigo 1º estabelece que:

O assento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, será inscrito no livro “A”, independente de prévia autorização judicial e, observada a legislação em vigor, no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, seja casal heteroafetivo ou homoafetivo, munidos da documentação exigida por este provimento. (BRASIL, 2016)

Em vista disso, a partir da edição do supramencionado provimento, casais homoafetivos que venham a recorrer de tais técnicas de reprodução, isentam-se do transtorno de recorrer ao judiciário, podendo solicitar o registro diretamente no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, desde que munidos dos documentos exigidos pelo Provimento. O artigo 3º veda expressamente a recusa ao registro por parte dos Oficiais Registradores que, em ocorrendo, deverá ser comunicada ao juiz corregedor para que se tomem as providências cabíveis, conforme alude o §1º deste mesmo artigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegáveis as mudanças operadas no Direito de Família, ao passo em que esta deixou de ser vista através de uma perspectiva patriarcal-patrimonialista, passando a primar pelo afeto como elemento norteador de sua formação. Diante dessa nova perspectiva, o reconhecimento de outras formas de união é fato inescusável, na medida em que a proteção da família, base da sociedade, é medida imposta tomando-se por base o próprio texto Constitucional.

A entidade familiar não pode ser definida com base na sexualidade, devendo-se ser afastada qualquer visão conservadora que não prime pelo afeto presente entre os indivíduos que compõe tal núcleo. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de conferir aos pares homoafetivos isonomia no tratamento, equiparando as uniões estáveis heteroafetivas às homoafetivas, devendo ser aplicadas às mesmas normas. Deste modo, ainda que o legislador tenha sido omissos no que tange tais relações, o judiciário apenas observou aquilo que já ocorria no plano fático, conferindo proteção normativa.

Ademais, levando-se em consideração os princípios fundamentais que presentes na Constituição, tais como o princípio da igualdade, liberdade e afetividade, podemos constatar a possibilidade de acesso às técnicas de reprodução assistida, bem como do reconhecimento ao direito à dupla maternidade por pares homoafetivos femininos.

Em que pese a carência legislativa no que concerne o tema, possível verificar que o único dispositivo que regulamenta as técnicas de reprodução assistida não traz óbice quanto o acesso por pares homoafetivos, configurando assim uma abertura normativa em favor de entidades já existentes na prática. À vista disso, constata-se que a dupla maternidade já é prática ocorrida no plano fático, posto que tais casais já possuem acesso às técnicas mencionadas. Por meio da interpretação dos princípios universais, verifica-se, no plano jurídico, que decorre o direito ao acesso às técnicas de reprodução assistida por casais homoafetivos e, conseqüentemente, o exercício do direito à dupla maternidade aos casais femininos.

Através do princípio da igualdade, em seu plano material, verifica-se o dever de despender o mesmo tratamento a casos iguais, sendo a diferenciação possível apenas em casos justificáveis. Nesse sentido, a discriminação, pautando-se na orientação sexual, fere a Constituição, de modo a ofender a dignidade humana, na medida em que este tratamento não se justifica. Conseqüentemente, privar pares homoafetivos do exercício da maternidade, tendo

por justificativa a orientação sexual, opera-se como afronta ao preceito fundamental de igualdade, sendo inconstitucional. O respeito às peculiaridades de cada entidade deve operar-se como imperativo, de modo que o princípio a igualdade pauta-se ainda no compromisso de não discriminação. As famílias homoafetivas possuem o mesmo elemento afetivo basilar presente em qualquer outra, o afeto, diante desse fato, não há que se falar em tratamento distinto.

Por meio do princípio da liberdade, contata-se o direito de autodeterminação, inerente a cada indivíduo, sendo-lhe vedado apenas o que afronta direito alheio. Nesse contexto, a livre escolha pelo projeto parental é reflexo do exercício desse princípio, sendo afronta raciocínio que nega direitos aos pares homoafetivos em função de sua sexualidade. O planejamento familiar, também reflexo desse direito, permite a existência de pluralidade na formação de entidades familiares, bem como proíbe ingerências coercitivas na escolha do indivíduo em constituir família. O direito à maternidade insere-se nesse contexto como um direito subjetivo e intrínseco à individualidade feminina, estando submetido ao âmbito do planejamento familiar.

Em decorrência do conceito de pluralidade familiar e a necessidade do mesmo tratamento legal outorgado à demais entidades familiares, deve ser observado princípio da proteção da família, na medida em que este preconiza pelo respeito às diferenças que compõe cada núcleo familiar.

O princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, confere o poder de autodeterminação a cada indivíduo, sendo princípio basilar da Constituição e possuindo correspondência com os direitos de liberdade e igualdade. O acesso às técnicas de reprodução assistida no intuito de satisfazer o desejo pela maternidade, reflete um desejo inerente à esfera pessoal do indivíduo, estando diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana, não podendo o Estado apresentar limitações, posto que estaria cometendo afronta direta à autonomia privada, assim como a preceito constitucional.

O reconhecimento da dupla maternidade é fato que vem se consolidando aos poucos em nossa jurisprudência. Em reiteradas decisões, nossos magistrados entendem que se o Estado reconhece as uniões homoafetivas, equiparando-as às heterossexuais. Na esteira desse raciocínio, não seria plausível negar o direito de constituir de uma família e do exercício conjunto da parentalidade. Pareceria ainda mais arbitrário privar do vínculo de filiação aquele cônjuge que, embora não tenha fornecido seu material genético, tenha participado de todo o processo de reprodução assistida que redundou no nascimento.

O sonho da maternidade, assim como o da paternidade, não pode ser negado aos pares homoafetivos, motivo pelo qual se torna necessário pensarmos na existência de legislações que tragam mais garantias de concretização de direitos a essas famílias.

OBRAS CITADAS

ALEXYY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ARIÉS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1978.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 5. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 11.340 – **Lei Maria da Penha**. Brasília, DF: 2006

_____. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 8.069 – **Estatuto da criança e do Adolescente**. Brasília, DF: 1990.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 10.406 – **Código Civil**. Brasília, DF: 2002.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 9.293 – **Lei do planejamento Familiar**. Brasília, DF: 1996.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.358, de 14 de novembro de 1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm> Acesso em: 11 de julho de 2016.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.957, de 06 de janeiro de 2011. Revoga a Resolução nº 1.358. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm> Acesso em 11 de julho de 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 52, de 14 de março de 2016. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>> Acesso em: 10 de julho de 2016.

_____. Presidência da República - Casa Civil. LEI Nº 12.010, de 3 de agosto de 2009 - **A Nova Lei da Adoção**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo número 10802177836. 8ª Câmara Civil da Comarca de Porto Alegre/RS. Juiz de Direito: Cairo Roberto Rodrigues Madruga. Julgado em 12 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/19.pdf>> Acesso em: 11 de julho de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Piauí: Pedido de Providências nº 0001313-38.2013.8.18.0139. Relator: Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho. Julgado em: 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1327__3c651934ddc8b4709dd04cf1edfbd788.pdf> Acesso em: 11 de julho de 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo: Processo número 0070161-75.2013.8.26.0100. 2ª Vara de Registros Públicos. Relator: Juiz de Direito Marcelo Benacchio, p. 20/02/2014). Disponível em: <http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1350__af482377736f555502a86d2f18c3459d.pdf> Acesso em: 11 de julho de 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Processo nº 0304506-13.2014.8.24.0033. Juiz de Direito Ademir Wolff. Julgado em: 01 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1468__a9ea178405112d2e7534784d676375db.pdf> Acesso em: 11 de julho de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889.852/RS, **Adoção de menores por casal homossexual**. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão, julgado em 27/04/2010. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=966556&num_registro=200602091374&data=20100810&formato=PDF> Acesso em: 10 de junho de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro, **União homoafetiva**. Relator: Ministro AYRES BRITTO, julgado em 05/05/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 14 de junho de 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resp Eleitoral nº 24.564, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. **Submete casais homoafetivos em união estável, concubinato e casamento às mesmas regras de inelegibilidade previstas no art. 14 §7º da Constituição**. Julgado em: 01 de outubro de 2004. Disponível em: < <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-recurso-especial-24564>> Acesso em 05 de junho de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** – 8º ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **União homossexual. O preconceito e a justiça**. Porto Alegre – RS. Livraria do Advogado Editora Ltda. 2006.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, a da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 4. ed. Rio de Janeiro - RJ: Editora Civilização Brasileira S.A, 1978.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Elementos críticos do Direito de Família**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito de Família**. 6ª. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2014.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Livraria do Advogado Editora Ltda. Porto Alegre, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LUZ, Valdemar P. da. **Curso de Direito de Família**. 1ª ed. Editora Mundo Jurídico. Caxias do Sul – RS. 1996.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no novo código civil brasileiro**. 2ª Ed. Editora Juarez de Oliveira Ltda. São Paulo. 2003.

MEDEIROS, Noé. **Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.

MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade. Direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2011.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida**. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8ª ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2011.

RUSSO, José. **As Sociedades Afetivas e Sua Evolução**. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.7, n. 32, p. 43, out - nov. 2005

SALES, Ana Amélia Ribeiro. **União homoafetiva feminina e dupla maternidade. A possibilidade jurídica de duas mães e um filho ante as técnicas de reprodução humana assistida**. Curitiba: Juruá. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3. ed. Brasília: Edição do autor, 2009.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro – Direito de família**. 4^a Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo 1981.